

REPUBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO

COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO

RESOLUCION No CRA 195 DE 2001

(13 DIC 2001)

Por la cual se decide el Recurso de Reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá - EAAB E.S.P. contra la Resolución CRA 161 de 11 de junio de 2001

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO

En ejercicio de las facultades legales, en especial las que le confiere la Ley 142 de 1994 en sus Artículos 73, 74.2 y 126, el Código Contencioso Administrativo y los Decretos 1524 de 1994 y 1905 de 2000, y

CONSIDERANDO**1. ANTECEDENTES**

En desarrollo de las facultades legales que la asisten, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico- CRA, en virtud de la Resolución 144 de 2000 inició procedimiento administrativo para determinar la existencia de un grave error de cálculo tarifario en los costos de prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en adelante EAAB, con el fin de modificarlos de oficio de ser necesario.

Contra esta resolución, el Doctor José Gregorio Hernández en su condición de apoderado de la EAAB, presentó solicitud de revocatoria directa mediante comunicación del 17 de abril de 2001 radicada en la CRA con el No. 1458 de la misma fecha; revocatoria que fue resuelta, no accediendo a la misma, por medio de la Resolución No. 157 de 2001.

Posteriormente, la EAAB mediante apoderado, en escrito fechado el 17 de abril de 2001, presentó acción de tutela contra esta Comisión, con los mismos argumentos esgrimidos en la solicitud de revocatoria de la Resolución CRA 144 de 2000. La acción de tutela en cuestión fue repartida al Señor Juez 38 Civil del Circuito de esta ciudad el 23 de abril de 2001, el cual resolvió denegarla por improcedente. Este fallo fue impugnado por el apoderado de la EAAB ante el Tribunal Superior de Bogotá, el cual confirmó la decisión del Juez 38 Civil del Circuito.

Finalmente, la actuación administrativa iniciada por la Comisión, culminó con la expedición de la Resolución CRA 161 del 11 de Junio de 2001 "Por la cual se decide el

Catalina

1-11-01

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

procedimiento administrativo iniciado mediante Resolución CRA 144 de 2000"; decisión que resolvió modificar los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado de la EAAB en relación con el costo de capital, el costo medio de administración, el costo medio de operación, el costo medio de inversión, el costo incremental de inversión y el valor de reposición de activos, al determinarse la existencia de un grave error de cálculo por incorrecta inclusión de factores que lesionan injustamente los intereses de los usuarios.

Encontrándose dentro del término de ley, el Doctor Camilo Vargas Ayala, obrando en su calidad de Secretario General y Representante Legal de la EAAB, interpuso recurso de reposición contra la Resolución CRA 161 de 2001 mediante escrito, sin fecha, con radicado CRA 2644 del 27 de Junio de 2001. Al recurso de reposición se anexaron los siguientes documentos: Resolución de nombramiento No. 0280 de Abril 2/2001; Acta de Posesión No. 0034 de Abril 2/2001; Resolución de Delegación No. 0524 de Junio 20/2002; Acta de Sesión Extraordinaria No. 5- 99 - CRA Febrero 22 y 23/99; Certificado Actuario; y Marco teórico de referencia - Cálculo del WACC.

La Comisión de Regulación de Agua y Potable y Saneamiento Básico - CRA, dentro del trámite administrativo adelantado para resolver el recurso de reposición en referencia, solicitó a la EAAB, mediante Oficio No. CRA - OJ - OT 3853, ampliación de la información presentada por la misma en su recurso de reposición, otorgándole para ello un término de diez (10) días hábiles.

Con oficio 00511 de fecha 26 de septiembre, radicado bajo el número CRA - 3960 de la misma fecha, la EAAB solicitó a la CRA ampliación del término otorgado para la presentación de la información adicional; solicitud que fue atendida por la CRA en Sesión Extraordinaria No. 26 del 27 de Septiembre de 2001, aceptándose la ampliación de dicho término en ocho (8) días más.

En cumplimiento de lo anterior, la EAAB presentó mediante oficio con radicación CRA 4000 de fecha septiembre 28 de 2001, los siguientes documentos:

1. Cálculo de la Tasa de descuento o remuneración del capital (WACC- con respecto a la prima de riesgo país utilizada para el cálculo del costo del *equity*: base de datos utilizada y explicación detallada del modelo matemático utilizado para el cálculo de esta prima);
2. Explicación del cálculo del costo de la deuda promedio utilizado por la Empresa, con los soportes correspondientes, referenciado en el modelo del WACC como costo de la deuda "Posibilidades de endeudamiento para una empresa del sector";
3. Explicación de la pertinencia, para la situación particular de la Empresa, de la utilización de las fuentes de información aplicadas para el cálculo del WACC en el recurso de reposición, así como copia de los documentos referidos a folio 15 del recurso (impreso y medio magnético).
4. Explicación y soporte respectivo para la determinación de los demás parámetros utilizados para el cálculo del WACC.
5. Copia del Acta de la junta Directiva que dio origen al Acuerdo 15 de 1999 con sus correspondientes soportes y estudios técnicos.
6. Copia de los estados financieros de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá - E.S.P. correspondientes a los años 1961 a 1989.
7. Información adicional.
8. Bases de datos utilizadas en el cálculo del WACC.
9. Cuadro sobre la Evolución del fondo de pensiones de EAAB - ESP y Normas Reglamentarias.

Catalina

1/11/01

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

10. Estudio de Sectorización, Rehabilitación y Control, de Fugas.

En sesión del día 7 de noviembre del año en curso, la doctora Astrid Alvarez Hernández, Gerente de la EAAB, en calidad de invitada, realizó una presentación a los miembros comisionados, en la cual se reafirmó en los puntos del recurso de reposición e hizo una propuesta formal de reducción voluntaria de tarifas del 13.8%, amparada en lo preceptuado por el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, según el cual: " Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la Comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. "

2. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Los motivos de inconformidad señalados por la EAAB contra la Resolución impugnada se concretan en:

2.1 Vulneración de los presupuestos del artículo 126 de la Ley 142 de 1994:

Sobre el particular, la EAAB en su recurso señala:

"La Resolución CRA 161 del 11 de junio de 2001, objeto de recurso, infringe las normas en que debería fundarse porque la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA-, inició de oficio un procedimiento para determinar la existencia de un grave error de cálculo tarifario en los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado de la E.A.A.B., con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, sin que para ello se reunieran los presupuestos que la misma norma establece ..."

"Para el caso de este recurso, importa referirse exclusivamente al evento del evidente y grave error de cálculo, que es el invocado en la Resolución 144 de 2000 y en la parte motiva del acto administrativo recurrido.

Dígase ante todo que, según elemental principio de interpretación de las normas jurídicas, cuando éstas contemplan una regla general y unas excepciones, debe otorgarse prelación a aquélla, en cuanto por su conducto se consagra lo que en principio corresponde al designio o voluntad fundamental del legislador. Las excepciones, en cambio, son de interpretación estricta, ceñida a los términos de su formulación en la norma correspondiente, y no son susceptibles de aplicación analógica ni extensiva, según lo ha reiterado en numerosas oportunidades de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Es claro entonces, que las Comisiones de Regulación no pueden modificar las tarifas sino cuando se configure cualquiera de los hechos aludidos, y en el caso del error de cálculo, sólo cuando éste sea grave, evidente y, además, lesione en forma injusta los intereses de los usuarios o de la empresa.

En otras palabras: La gravedad del error implica una magnitud suficiente como para lesionar de modo injusto los intereses de los usuarios o de la empresa, como la misma ley lo dice.

Así que, ante la evidencia de un grave error de cálculo, la Comisión de Regulación respectiva puede modificar las tarifas. Pero si tal evidencia y gravedad no existen, la causal no se configura y, en consecuencia, no le es dable a la Comisión de Regulación proceder en tal sentido, particularmente si al hacerlo, como ocurre en el presente caso, ocasiona perjuicios financieros a la Empresa, pues en tal evento resulta afectándola sin fundamento jurídico...

(...)

Catalina

85

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

Un grave error de cálculo se presenta, según los términos de la Resolución CRA 151/2001, Sección 5.2.1 y en los de la aquí recurrida, en los siguientes eventos:

- Omisión de factores en el cálculo de los costos de referencia o por incorrecta inclusión de los factores que distorsionan los costos de referencia.
- Inadecuada aplicación de las fórmulas (errores en la aplicación de la formulación para obtener los costos de referencia de las empresas)
- Inapropiado diseño de fórmulas (porque ellas no reflejan las condiciones de un mercado competitivo y no generan incentivos para que las empresas sean más eficientes)

En el presente caso la CRA aduce claramente en los considerandos de la Resolución, que existe un grave error de cálculo por la incorrecta inclusión de los factores de la fórmula, que lleva a distorsionar los costos de referencia de la EAAB.

Tal afirmación es contraria a la realidad y, por ende, mal puede considerarse como fundamento de la decisión que se recurre, en la medida en que cada uno de los factores a los que ella hace referencia fue incluido en la fórmula atendiendo a la regulación tarifaria vigente al momento de la expedición de la Resolución 076 de 1999..."

Finalmente en relación con el argumento de impugnación relacionado con la violación de las normas en que debía fundarse la decisión impugnada, la EAAB expone:

"Así las cosas, de lo anterior claramente se deduce que la EAAB no ha incurrido en grave error tarifario por incorrecta inclusión de los factores, en la medida en que tales factores fueron incluidos por la misma CRA en la Resolución 076 en estricto cumplimiento de la regulación tarifaria vigente y que en consecuencia, la CRA viola la normatividad superior (artículo 126 de Ley 142 de 1994) al fundar su decisión de modificar las tarifas antes de su vencimiento sobre la base de un supuesto error de calculo que no existió

Ahora bien, si la CRA pretende derivar un error tarifario de (i) la inclusión de la totalidad de los costos laborales en la fórmula, (ii) el establecimiento de un rango para la tasa descuento, (iii) el reconocimiento de la rentabilidad de activos financiados con recursos de terceros, cuando estos no han sido aportados bajo condición y (iv) el reconocimiento de remuneración de la capacidad remanente, entonces no debe fundamentar su decisión en la supuesta evidencia de un grave error tarifario cometido por la EAAB, sino en un error en la fórmula tarifaria misma.

En efecto, era claro para el regulador al expedir la metodología tarifaria vigente (Resoluciones 08 y 09 de 1995) que esta requería ser complementada mediante la definición de parámetros de calidad relevante del servicio (continuidad, calidad de agua, presión, atención a los usuarios) y la definición de modelos o funciones de costos eficientes para cada uno de los parámetros de la fórmula tarifaria...

(...)

Por lo anterior se desprende que la regulación de estos servicios se planteó como un proceso por etapas, en la cual la primera de ellas consistía en alcanzar los niveles tarifarios que correspondieran a los costos reales de los servicios eliminando los rezagos tarifarios y permitiendo a las empresas el logro de metas de cobertura. Con las fases posteriores se pretende la eficiencia administrativa y operacional como resultado de que las empresas realizaran su actividad en un medio sin restricciones competitivas. Para la primera etapa se estableció un período de transición el cual por razones políticas y socioeconómicas se ha postergado hasta el 2005. Estos aspectos han sido materia de debate en diferentes foros para el desarrollo del nuevo marco regulatorio, con la coincidencia de los expertos internacionales de mantener las etapas previstas en la regulación para Colombia.

Catalina

1.11/05

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

De aquí se desprende que la eficiencia comparativa es un nuevo concepto actualmente en estudio y desarrollo para la regulación colombiana, por esta razón no puede considerarse como una incorrecta inclusión de factores un aspecto que está pendiente de estudiarse, sustentarse y reglamentarse."

2.2 Costo de Capital:

El recurrente en este aspecto expone para argumentar la violación de las normas en que debía fundamentarse la decisión, lo siguiente:

"De acuerdo a lo expresado por el artículo 1.3.11.1 de la Resolución 151 de 2001:

"La tasa que se utilizará para remunerar el capital y por tanto como tasa de descuento en el cálculo económico del servicio de acueducto y alcantarillado será determinada por la junta directiva de la empresa prestadora, o quien haga sus veces en un valor entre el 9% y el 14%" (resaltado extratextual).

De lo anterior se deduce claramente que según la regulación tarifaria vigente es facultad de las Juntas Directivas de las entidades prestadoras definir la tasa de descuento con el único límite de que no superen el 14%, ni sean inferiores al 9%.

Sobre este particular se pronunció la CRA en el documento que sirvió de base para la adopción de la Metodología de Costos y Tarifas, de la siguiente manera:

"Aunque en principio, no parece razonable que se obtengan retornos sobre un capital que resulta de una contribución patrimonial, cuyo aportante no espera rendimiento, para evitar crear discriminaciones entre empresas públicas y empresas privadas puede considerarse que la decisión sobre la rentabilidad esperada no es papel de la Comisión. En este marco corresponde a los propietarios de este capital es decir, a los ciudadanos representados en sus consejos y alcaldes y estos a su vez en la junta directiva de las entidades, decidir sobre el costo que le atribuyen (la rentabilidad esperada) a su capital". (resaltado extratextual)

En este orden de ideas, la utilización de una tasa del 14% no puede considerarse como un error de inclusión de los factores en la fórmula sino como el ejercicio de la facultad expresamente prevista en la Resolución 13 de 1995.

Por tanto esta situación consolidada, establecida de manera general en la Resolución 13 de 1995 y ratificada de manera particular para la EAAB en la Resolución 76 de 1999, se constituye en uno de los principales elementos de la fórmula tarifaria, cuyo desconocimiento a través de la fijación de un valor único para esta, no solo es claramente discriminatorio sino atentatorio del principio de suficiencia financiera consagrado por la ley 142 de 1994 como criterio rector de la regulación tarifaria."

2.3 Costos laborales:

El recurrente argumenta en relación con este cargo:

"La regulación vigente ha previsto dentro de la metodología de costos y tarifas adoptada desde las Resoluciones 08 y 09 de 1995 hasta la Resolución 151 de 2001 que dentro del cálculo del costo medio de administración y de clientela se incluya la provisión de pensiones de jubilación del personal activo y la porción corriente de los pasivos pensionales que correspondan al año base en el cual se hayan efectuado los cálculos de costos de referencia o de prestación de los servicios.

Así mismo, tanto en el Costo Medio de Administración CMA como en el Costo Medio de Operación CMO se ha previsto la inclusión de todas las prestaciones tanto legales como extralegales, situación que fue incluso desarrollada por la CRA y suministrada a todas las Empresas con los formatos de la Resolución 03 de 1996 (hoy incorporadas al anexo 10 de la Resolución 151 de 2001) como rubros independientes para las prestaciones

Catalina

86

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

sociales, para las primas legales, primas extralegales, prima técnica y porción corriente del pasivo pensional.

En consecuencia, no puede hablarse de una incorrecta inclusión de factores en la fórmula por incluir la totalidad de los costos laborales en la misma, en la medida en que tal cosa era autorizada por la regulación tarifaria en las Resoluciones 08 y 09 de 1995. Este hecho no es nuevo ya que al revisar el Acta Sesión Extraordinaria No.5-99 del Comité de Expertos de la CRA (Feb. 22 y 23 de 1999) se trató específicamente la inclusión de ajustes del CMA y CMO con parámetros de eficiencia, al respecto "el doctor Giraldo aclara que por la misma razón anterior, es decir, por no estar definidos previamente los factores de eficiencia, esto no puede hacerse". Esta situación no ha cambiado y por lo tanto sigue vigente el concepto de la CRA en su momento aplicado para la expedición de la Resolución 76 de 1999.

En resumen, la eficiencia comparativa o la inclusión de factores de eficiencia diferentes a los adoptados para el agua no contabilizada, no han sido definidos previamente, por lo tanto, no es válido el argumento de considerar una incorrecta inclusión de factores como fundamento de un grave error para el tema de los costos laborales".

2.4 Valor de reposición de activos:

La EAAB en su escrito de reposición expresa:

"No se está incurriendo en un error por inadecuada inclusión de este factor en la fórmula al reconocer la rentabilidad de la compensación efectuada por la Empresa de Energía a la EAAB como retribución de los beneficios percibidos por esta derivados de la construcción del Proyecto Chingaza.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que tal participación no puede ser considerada como un "aporte" de un tercero, en la medida en que no es "un aporte al proyecto" sino un pago a la EAAB como reconocimiento del beneficio que recibe la Empresa de Energía por el aumento en el caudal del Río Bogotá gracias al proyecto Chingaza.

Pero aún en el evento en que este pueda ser considerado como "aporte", es de resaltar que el Artículo 2.4.3.12. transcrito en la Resolución contiene un Parágrafo adicional, quedando el texto total de la norma de la siguiente manera:

"Otros aportes de terceros. El costo de otros activos donados o aportados por terceros deberá incluirse como un costo adicional de inversión dentro del Costo Medio de Inversión de Largo Plazo de que tratan los Artículos 2.4.2.3 y 3.2.2.3 de la presente resolución.

PARÁGRAFO. En caso de que el aporte se realice con la condición de que los rendimientos que normalmente hubiera producido no se incluyan en el cálculo de las tarifas, se aplicará la fórmula indicada en el artículo anterior".

De la lectura de la anterior disposición se desprende con claridad que la inclusión de los aportes realizados por terceros pueden estar sujetos a la condición de que los rendimientos que normalmente hubiera producido el aporte no se incluyan en el cálculo de las tarifas.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el pago por la compensación de los beneficios recibidos por la Empresa de Energía no se encuentra sujeto a esta condición, la EAAB - ESP se encuentra facultada para reconocerle a este "aporte" la rentabilidad correspondiente de conformidad con la disposición transcrita y por tanto incluirlo como un costo adicional de inversión dentro del Costo Medio de Inversión de Largo Plazo.

Lo segundo es decir que el Artículo 87.9 de la Ley 142 le permite a las entidades públicas que aporten bienes o derechos a las empresas de servicios públicos, lo hagan

Cotohaca

1.119

85

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

con la condición de que el valor de su aporte no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios de los estratos que pueden recibir subsidios.

Como se ve, nuevamente se faculta a las entidades aportantes para que sujeten sus aportes a las empresas de servicios públicos a la condición de no incluir el valor del aporte dentro del calculo de las tarifas.

En el mismo sentido, el Profesor Hugo Palacios Mejía ha dicho que la previsión legal para los aportes de las entidades públicas, en cuanto a la posibilidad de someterlos a la condición de que sus rendimientos no sean incluidos dentro de la tarifa es meramente facultativa y no obligatoria. En efecto, sostiene el Profesor Hugo Palacios Mejía :

"Obligatoriedad o voluntariedad de los "aportes condicionales"

El empleo en este numeral de la expresión 'podrán hacerlo' indica que la Intención del legislador fue la de facultar a las entidades públicas para hacer aportes a las empresas de servicios públicos y, de manera indirecta, otorgar un subsidio a los estratos de menores recursos.

En efecto, el carácter imperativo de otras disposiciones de la ley 142 demuestra que ésta es una facultad que las entidades públicas pueden usar, o no, discrecionalmente, dentro de los límites y los propósitos de la ley.

Es cierto que la expresión '... podrán hacerlo con la condición de que su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas...' encierra alguna ambigüedad. Puede entenderse en el sentido de conferir la facultad de señalar una condición al hacer aportes; o en el sentido de que los aportes no pueden hacerse sino con la condición aludida. A mi juicio, la primera interpretación resulta del conjunto de la ley y, especialmente, del texto de la norma, en cuanto ésta primero acepta que existen aportes ('Cuando las entidades públicas aporten bienes o derechos), y solo luego señala que pueden condicionarse. Pero, en todo caso, para despejar cualquier duda s posible recurrir, como elemento último de interpretación sistemática, a la Constitución.

La interpretación según la cual las entidades públicas solo pueden hacer aportes a las empresas con la condición de que estos no se tomen en cuenta en el señalamiento de tarifas, conduciría a las entidades públicas a conceder subsidios a los estratos de menores ingresos, en todos los casos en que dichas entidades aportaran bienes o derechos a empresas de servicios públicos.

Dicha interpretación sería contraria al artículo 368 de la Constitución Política, que establece que la nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades."

2.5 Falsa motivación

2.5.1 Falsa Motivación por inclusión de elementos no previstos en la metodología tarifaria:

2.5.1.1 En cuanto a la metodología del WACC

" La regulación tarifaria vigente no exige la determinación de la tasa de descuento a través de la Metodología WACC, sino que permite que cada empresa determine su tasa de descuento dentro del rango autorizado.

Adicionalmente como se demostrará a continuación el análisis del WACC no corresponde a la realidad de la EAAB por lo siguiente:

Catalina J

1104

84

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

Una empresa, proyecto o negocio puede financiar sus recursos a través de cualquiera de las siguientes tres vías: vía aportación o capital propio de los accionistas, vía deuda o financiación con recursos de terceros o una combinación de las dos anteriores. Es claro que cada una de estas fuentes de financiación tiene un costo asociado, costo que para ser más rigurosos, llamaremos costo de oportunidad de las fuentes que proveen recursos.

Una simple revisión a la lógica financiera arrojará una conclusión bien importante: el costo de capital vía aportación siempre es superior al costo de capital vía deuda; esta conclusión es el resultado de incorporar criterios como riesgo y consideraciones de ahorro tributario al recurrir al apalancamiento financiero con terceros.

Los conceptos básicos que inciden en la determinación de las fuentes de financiación son el costo, el plazo y el riesgo, por esta razón las políticas de apalancamiento apuntan a una mezcla de capital que conceptualmente es el costo de capital promedio ponderado ó WACC. Para calcular entonces el WACC, se necesitan fundamentalmente tres elementos:

- Costo de la deuda
- Costo del capital vía aportación (Equity)
- Estructura de capital o proporciones Deuda/Equity

Para calcular los costos y proporciones de las fuentes de recursos, es necesario determinar el propósito metodológico que motiva la construcción del WACC así:

- Si el interés es realizar una evaluación financiera de un proyecto a futuro, la empresa debe calcular los flujos incrementales atribuibles al proyecto y un "WACC marginal", lo cual significa, determinar el nivel y el costo de endeudamiento requerido para realizar este nuevo proyecto.

- Si el interés es realizar una revisión financiera de los resultados de la empresa, se debe calcular un "WACC real" que involucre el costo real y las proporciones reales de las fuentes de financiación que utiliza la empresa (créditos bancarios, pasivos laborales, equity, etc.).

- Si el interés es realizar una valoración o definir políticas tarifarias que reflejen un rendimiento mínimo requerido por los proveedores de capital en un horizonte de largo plazo. En este sentido, se necesita calcular un "WACC óptimo" que resulta del referenciamiento con mercados de capitales desarrollados, bajo el concepto de que la empresa debería comportarse en el largo plazo como lo hacen las empresas que se transan en bolsa en un mercado de capitales perfecto".

El caso particular de la definición de políticas tarifarias de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, conceptualmente requiere una construcción de WACC óptimo, toda vez que se trata de una decisión macro a futuro en la cual están comprometidos todos los recursos de la Empresa. Ahora bien, el cálculo de este WACC óptimo para el Acueducto se construye de la siguiente manera:

- Costo de la deuda: este costo equivale al costo al cual una empresa del sector puede acceder créditos.
- Costo del equity: si se utiliza como aproximación al costo del capital de los accionistas la metodología del CAPM, se deberá tener en cuenta que los elementos que constituyen la metodología, se deben referenciar con base en un mercado de valores eficiente como lo es el americano, incluyendo en consideración una prima por riesgo país.
- Proporciones: para determinar la estructura óptima de capital, se debe igualmente referenciar con empresas del sector Agua de economías desarrolladas, las proporciones deuda/capital óptimas que se espera que la empresa alcance en el largo plazo."

Cotaband

1.115

83

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

En relación con los cálculos y las fuentes que se consultaron para calcular y determinar el WACC óptimo el Acueducto expuso:

"La proporción de Deuda y Patrimonio utilizada fue de 45% Deuda y 55% Patrimonio con base en el referenciamiento de empresas similares en mercados desarrollados - Fuente: Damodaran Database Water Utility (www.stern.nyu.edu/~adamodar) -.

Tenemos entonces un WACC de 15.83% EA en dólares corrientes.

Utilizando las consideraciones macroeconómicas de Largo Plazo de la Resolución de la CRA 161 de 2001: Devaluación=5.88% EA e Inflación=8.00% tenemos:

WACC en dólares corrientes = 15.83% EA

WACC en pesos corrientes = 22.64% EA

WACC en pesos constantes = 13.56% EA

- El cálculo de los elementos de la tasa de descuento debe corresponder a un mismo mercado de referencia, esto quiere decir que si se usan para el cálculo del equity datos en dólares de la bolsa americana, se deben utilizar en consecuencia, datos en dólares para determinar el costo de la deuda.

- El cálculo del valor de la prima por riesgo país, no debe corresponder a una cotización puntual del spread de los bonos colombianos, ya que como se dijo es un análisis a largo plazo; sobre todo si se tiene en cuenta que el mismo presenta una alta volatilidad que si se mide a partir de las variaciones logarítmicas del último año, corresponde al 22%. Así las cosas se realizó una simulación con base en la teoría de la volatilidad y el análisis de series de tiempo estadísticas y encontramos como prima de mercado proyectada una tasa de 8.40% en dólares corrientes.

- Se debe tener en cuenta que en el cálculo anteriormente realizado el Beta del mercado juega un papel fundamental, pues mide la sensibilidad del retorno del mercado de Agua a cambios en la rentabilidad general del mercado. Así las cosas, si fuera utilizado Beta igual a 1, como ocurre en la Resolución CRA 161 de 2001. se estaría afirmando que el mercado de Agua es tan riesgoso y rentable como el mercado de valores en una economía desarrollada. De esta forma el cálculo del WACC en pesos constantes sería, manteniendo los demás parámetros constantes, 15.39%...

(...)

A partir del análisis anterior, se puede concluir que el cálculo del WACC de la Resolución CRA 161 de 2001 no corresponde a lo que conceptualmente se define como "WACC óptimo" y en tal sentido la tasa de remuneración del capital pasaría de ser de 11,84% a 13,56% EA en reales, si nos remontamos a la información de mercados de capitales eficientes.

Esta discrepancia proviene fundamentalmente de:

- La estructura de capital propuesta en la resolución (70% deuda / 30% equity) dista significativamente de la estructura de capital óptima obtenida del referenciamiento (45% deuda / 55% equity).

- La tasa de la prima de riesgo país utilizada está por debajo de su comportamiento en el último año, e incluso de la proyección arrojada por técnicas estadísticas basadas en la volatilidad de este spread, de este modo aparece una diferencia significativa entre la prima propuesta en la Resolución (6.5%) y la arrojada en las proyecciones (8.4%).

- El Beta contemplado en la Resolución es de 1, lo cual presume que la empresa cambia en la misma proporción a la que lo hace el mercado. Los referenciamientos sin embargo, arrojaron que el Beta óptimo para este tipo de empresas es 0.55, de manera que el nuevo cálculo del WACC se ve disminuido por esta consideración, ya que si

Catalina

114

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

aplicáramos el Beta propuesto en la Resolución, el WACC sería de 15.39% EA en reales.

De esta manera, se evidencia la incorrecta aplicación de la metodología WACC en la Resolución recurrida.

Otras consideraciones presentadas por la EAAB, en su recurso de reposición, sobre la tasa de descuento son las siguientes:

"- RESTRICCION EN LA CAPACIDAD LEGAL DE ENDEUDAMIENTO

La capacidad legal de endeudamiento que rige a las entidades territoriales y sobre la cual el jefe de la oficina jurídica de la Dirección General de Crédito público del Ministerio de Hacienda se ha pronunciado, restringe la estructura de capital e impide llegar al 70% de deuda, al exigir que la relación del servicio de la deuda con respecto a las rentas ordinarias sea del 30%.

En efecto, el estudio de la capacidad de pago de las entidades descentralizadas del orden municipal, se hace con base en el artículo 284 del Decreto 1333 de 1986 "Por el cual se expide el código de régimen municipal" que en su tenor dispone:

"Artículo 284.- Las entidades a que se refiere el presente título no podrán celebrar ninguna operación de crédito interno cuando el servicio total de la deuda publica respectiva represente en la correspondiente vigencia fiscal una suma superior al treinta por ciento (30%) de sus rentas ordinarias incluyendo el nuevo empréstito. Para los efectos de este artículo, no se consideran rentas ordinarias las provenientes del situado fiscal, ni las transferencias para educación y prestaciones sociales a que se refiere la ley 43 de 1975."

- CAMBIO EN LAS VARIABLES MACROECONOMICAS

El cambio en las variables macroeconómicas no puede ser considerado como parte de un grave error, sino como un cambio en las condiciones de las variables producto de su volatilidad...

(...)

Las tarifas son de largo plazo por definición y en consecuencia, no es correcto utilizar metodologías que se vean afectadas por la volatilidad de sus componentes. Lo recomendable es adoptar una metodología referenciada a un mercado consolidado y adicionarle la aplicación del riesgo país.

Muestra de ello es que la CRA al emplear en el cálculo del WACC variables del año 2001, (que no eran posibles de conocer en forma determinística en el año 1998) presenta resultados diferentes así la aplicación se hubiera realizado con la información del año 1998....

(...)

- BASES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA TASA DE DESCUENTO EN EL RANGO DEL 9% AL 14%.

En el documento "Metodología de Costos y tarifas para el sector de acueducto y alcantarillado Establecimiento de costos de capital" es posible detectar las razones por las cuales se estableció el rango de tasa de descuento entre el 9 y el 14%. De la argumentación allí presentada en el Seminario Taller "Metodología tarifaria para el sector de agua potable y alcantarillado" organizado por el Ministerio de Desarrollo y la CRA, existen algunos conceptos que contribuyen a clarificar el tema:

"La aplicación estricta de cualquiera de los dos modelos para el caso colombiano se encuentra limitada por el poco desarrollo del mercado de capitales". (Página 5 del

81

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

documento citado) Con el anterior texto la CRA reconoce la dificultad de utilizar los métodos de modelo del precio del capital en activos (CAPM) y el modelo análisis de flujo de dividendos (DDM) para la determinación del costo del capital propio.

"Es difícil hacer un pronóstico sobre este coeficiente (se refieren al coeficiente de riesgo del sector de acueducto y alcantarillado) para Colombia ya que si bien el sector puede tener un riesgo implícito mucho menor que el del conjunto del mercado accionario, el hecho de que existe tanta preocupación política por el sector, en especial las presiones constantes para que el Estado controle administrativamente las tarifas debe aumentar considerablemente la percepción de riesgo de los inversionistas respecto al sector" (página 6 del citado documento).

Es evidente que situaciones como la intervención estatal a través de la Comisión de Regulación materializada en las resoluciones 144 de 2000 y 161 de 2001 incrementan en forma considerable la percepción de riesgo del sector. Este proceso de modificación de fórmulas tarifarias constituye el segundo intento de la Empresa mas grande del país por ajustar su esquema tarifario a la regulación vigente y hasta ahora no hay certidumbre alguna con respecto al esquema definitivo a aplicar. De otro lado no creemos que este riesgo sea compensado en forma total por la condición de monopolio y en consecuencia no creemos que se pueda trabajar con un coeficiente de riesgo equivalente a 1.

La tasa de descuento adicionalmente engloba el riesgo operativo y comercial de la Empresa, conceptos como el efecto elasticidad precio demanda o el efecto elasticidad ingreso que se traducen en disminuciones en la demanda no reconocidas en la metodología constituyen riesgos que deben ser cubiertos en la tasa de descuento.

En consecuencia, la EAAB ESP no ha incurrido en grave error tarifario y la modificación de la tasa de descuento afecta negativamente su flujo de caja disminuyendo en forma importante su rentabilidad y su plan de inversiones. En lo anterior es importante resaltar que a diferencia de otras empresas la EAAB reinvierte sus utilidades en busca de garantizar el servicio a sus suscriptores, cobertura universal y cumplimiento de metas ambientales"

2.5.1.2 En cuanto a la eficiencia comparativa aplicada por la CRA:

En este aspecto, la EAAB en relación con el argumento de falsa motivación, argumentó:

"Es evidente que la ley consagra la posibilidad de incluir en la regulación tarifaria la metodología de comparación con empresas similares para determinar los costos eficientes. Sin embargo, también es evidente que tal aspecto no ha sido incluido por la CRA en la regulación tarifaria y que es discriminatorio contra la EAAB que sea aplicada tal metodología exclusivamente a ella y no a todas las entidades prestadoras.

La totalidad de los costos laborales se encuentra taxativamente incorporados dentro de los costos que reconoce la metodología tarifaria en sus resoluciones 08 y 09 de 1995 como componentes para el establecimiento de los Costos medios de administración CMA y costos medios de operación CMO. Estos serían afectados por los indicadores de eficiencia que fijara la Comisión.

Antes de la resolución 161 la CRA no definió indicador alguno para los costos laborales. Por lo tanto no tiene sentido pretender que la EAAB incluyera factores de eficiencia que no existían en la normatividad ni mucho menos que se emplee este argumento para soportar la existencia de un grave error tarifario en las tarifas de la EAAB.

Al momento de calcular las tarifas la metodología en ningún momento previó que las Empresas debieran desarrollar estudios de eficiencia comparativa para la determinación de esas tarifas. Adicionalmente para las Empresas existen razones de imposibilidad para realizar este tipo de estudios ya que las Empresas prestadoras no

Catalina

1.114

80

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

estaban en la obligación de suministrar esta información considerada como estratégica y a la cual solo puede tener acceso la CRA.

Tan solo ahora, con motivo de la próxima expedición del nuevo marco regulatorio la CRA ha contratado las Consultorías necesarias para definir estos indicadores.

En relación con el cálculo del factor prestacional (1.04) que define la Comisión en su resolución 161 es necesario poner de presente lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 92 de la ley 142 "las comisiones utilizarán no solo la información propia de la empresa sino la de otras empresas que operen en condiciones similares pero que sean mas eficientes".

La Comisión no define ni sustenta los términos "condiciones similares" ni la "mayor eficiencia" que la ley exige expresamente como condición para que puedan tomarse como referentes en la definición de los costos y gastos típicos de las Empresas.

En los considerandos de la resolución 161 la CRA indica que ha efectuado una comparación de los costos laborales de la EAAB ESP con respecto a 70 Empresas prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillado en el país, las cuales habría que demostrar que cumplen los requisitos de "condiciones similares" y de "mayor eficiencia" para que sirvan como referentes en la definición de los factores de eficiencia aplicables a las tarifas de la EAAB ESP.

Por las características particulares de la EAAB en materia de condiciones de prestación de servicio tales como: tamaño, densidad, localización de fuentes de abastecimiento, condicionamientos técnicos del sistema matriz de distribución y recolección, topografía, altimetría, continuidad del servicio, calidad y cumplimiento de la normatividad en cuanto a calidad el agua, condición socioeconómica y sociopolítica, estratificación, tasas de inmigración por efecto de la violencia social del país, condiciones ambientales, compromisos regionales con otros municipios, entre otros, Bogotá no corresponde a una ciudad promedio del país sino por el contrario corresponde al extremo de las grandes ciudades las cuales han sido agrupadas por la propia CRA en el denominado grupo 1 con ciudades como Barranquilla, Medellín, Cali, Manizales y Bucaramanga. Esta agrupación en todo caso es objetable ya que comparativamente existe una gran diferencia entre cualquiera de estas empresas con la EAAB y su agrupación corresponde más a relacionarla con otras empresas a que sus condiciones sean realmente similares.

A manera de ejemplo y con relación a su tamaño, la suma de los habitantes atendidos por las restantes cinco empresas de este grupo apenas sería comparable con Bogotá.

En el capítulo 5 de la edición No 6 de la revista Regulación de agua Potable y Saneamiento Básico de febrero de 2001, se presenta el modelo teórico para la comparación de costos de las Empresas de Agua Potable y Saneamiento Básico.

En su numeral 5.1 señala textualmente "El primer paso en la aplicación del modelo comparativo de costos de las Empresas de Servicios Públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico es la obtención de grupos homogéneos de Empresas que puedan ser comparados entre si". En los numerales posteriores, del 5.2 al 5.7 se señalan los pasos para tipificar o agrupar las Empresas de acuerdo con sus características. Finalmente la tabla 5.22 (página 116) concluye que Bogotá es comparable únicamente con las citadas Empresas que componen el grupo 1.

Por todo lo anterior, se concluye a partir de este informe de la misma Comisión que no es razonable comparar la EAAB con las 70 Empresas citadas en la motivación de la resolución 161 en este aspecto.

En este mismo estudio, se resalta que la EAAB ESP fue la única Empresa que reportó un valor por concepto de cálculo actuarial y que este valor representa un 45% de los costos laborales de la Empresa.

Catalina

1.115

79

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

En estas condiciones se concluye que no es posible comparar a la EAAB ESP con 70 Empresas prestadoras del servicio por similitud y de las cinco restantes con las que podría ser comparable es requisito indispensable contar con la información completa.

Otro concepto adicional que limita la comparación de la EAAB con otras Empresas es emplear como parámetro de análisis los salarios base cuando es evidente que, por ejemplo, un Gerente de operaciones de la EAAB que tiene a su cargo garantizar el servicio de agua potable y recolección de aguas servidas para una población de siete millones no es comparable en su salario base con el jefe de operación de Génova o Buenavista, dos de las poblaciones citadas dentro de las setenta con las cuales la CRA estimó también los factores prestacionales".

2.5.2 Falsa motivación por exclusión de factores previstos en la regulación tarifaria vigente:

2.5.2.1 En cuanto a la porción corriente del pasivo pensional:

Respecto de la porción corriente del pasivo laboral, la EAAB en relación con los argumentos de falsa motivación, expuso:

"La porción corriente del pasivo pensional se encuentra taxativamente incorporada dentro de los costos que reconoce la metodología tarifaria en los artículos 12 de sus resoluciones 08 y 09 de 1995 como componentes para el establecimiento de los Costos medios de administración CMA.

En ningún momento la metodología tarifaria vigente al momento de solicitar la modificación de las fórmulas tarifarias establecía como requisito que no existieran utilidades operacionales para poder incorporar la porción corriente del pasivo pensional en el CMA.

Además, la CRA realiza una evaluación parcial de la situación financiera de la Empresa pues no se tiene en cuenta que existen los componentes de financiamiento en el estado de resultados que afectan la real situación financiera de la Empresa. (La Empresa en el período citado presenta déficits repetitivos en sus estados de resultados, situación que es muy diferente a la planteada por la CRA como argumento.)

El argumento que presenta la resolución 161 sobre el tema desconoce el hecho de que para diciembre de 1997 la EAAB había amortizado en sus estados de pérdidas y ganancias la suma de \$425.469 millones, cifra que representaba el 68% del cálculo actuarial de pensiones a ese año (sin incluir bonos pensionales), o sea que dentro de la estructura del pasivo de la empresa no estaba contemplada la totalidad del pasivo pensional. Siguiendo el argumento de la CRA, que no compartimos y a título de discusión, resulta claro que el 32% del cálculo actuarial no había sido cubierto al momento de definición del costo de referencia base año 1997.

Adicionalmente, a diciembre de 1997 el estado de resultados no contemplaba el pasivo generado por concepto de los bonos pensionales cuyo cálculo actuarial para diciembre de 1997 ascendió a la suma de \$112.805 millones de pesos el cual corresponde a causaciones generadas hasta el 30 de junio de 1995, en cumplimiento de lo establecido en la ley 100 de 1993 en sus artículos 115 y 151. Tan solo el estado de resultados del año 2001 se afectará con la amortización de este pasivo.

Por lo tanto, aún siguiendo el argumento de la Comisión, se estaría incurriendo en una grave equivocación ya que se estaría eliminando el 100% de la mesada cuando el pasivo escasamente había sido reconocido en un 58% del total de pasivo pensional real causado a esa fecha: \$425.469 millones de un total de \$738.495 millones de pesos de diciembre de 1997.

Catalina J.

1.116

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

Para ser consistentes con el análisis del WACC que incorpora los parámetros del año 2001 se requeriría por parte de la CRA que incluyera en su análisis los resultados de los años 1999 y 2000 en los cuales no existió utilidad operacional.

El argumento de la Comisión tendría aplicabilidad en el evento en que no existieran niveles de rezago tarifario, es decir que a diciembre de 1997 y durante el período que citan de 1961 a 1998, la Empresa hubiese tenido tarifas que estuvieran cerca o fueran iguales a los costos económicos de prestación del servicio.

Tal situación evidentemente no es cierta y así lo expresa el consultor Sr. Spiller, experto contratado por la CRA, para la elaboración del diagnóstico que sirve como base para la presentación del nuevo marco regulatorio, al explicar su teoría del equilibrio de bajo nivel, donde sin excepción presenta como característica inherente al sector unas tarifas rezagadas y en consecuencia un bajo nivel de mantenimiento; un bajo nivel de inversiones; y pocos incentivos para realizarlas.

No existe por lo tanto, ninguna garantía en el sentido de que los niveles tarifarios alcanzados a diciembre de 1997 hubieran sido suficientes para cubrir a esa fecha el pasivo actuarial ni que pudieran proveer a futuro los recursos necesarios para cubrir el flujo de caja resultante de las mesadas pensionales. Prueba de ello son las recurrentes situaciones en las cuales la empresa generó pérdidas netas en su estado de pérdidas y ganancias durante el período que cita la Comisión en sus considerandos"

2.5.2.2 En cuanto al reconocimiento del 100% de los costos laborales:

El recurrente en este aspecto, argumenta:

"La Resolución recurrida en la motivación correspondiente hace especial énfasis en "una gestión ineficiente" en costos de personal como razón que justifica la modificación de la fórmula tarifaria en este aspecto, lo cual no es cierto tal como pasa a explicarse a continuación:

En primer término, debe resaltarse que la mayoría de las prestaciones extralegales tienen su origen en acuerdos convencionales y en laudo arbitral, todos anteriores al año de 1994. (año de expedición de la ley 142)

En efecto, de la simple lectura del laudo arbitral obligatorio proferido el 20 de abril de 1993 se observa que para esa época los trabajadores de la EAAB ya disfrutaban de las primas extralegales, prima de vacaciones y de navidad, así como de los quinquenios y del factor salarial del mismo, al igual que de la prorrata de las horas extras.

Estas prestaciones extralegales, que inciden en el costo laboral, fueron tenidas en cuenta cuando se expidió la Resolución CRA 76 de 1999 y que hoy se pretende modificar mediante la Resolución objeto de recurso.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la EAAB en muchísimas oportunidades ha procedido a denunciar los acuerdos convencionales, cuyo resultado no depende únicamente del empleador sino que es necesario la aceptación por parte de la organización sindical o de la decisión de los árbitros cuando el conflicto se soluciona por medio de Tribunal de Arbitramento.

Así mismo, no ha sido criterio unificado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el tema de la validez de la denuncia de la Convención Colectiva de Trabajo por parte del empleador, ni de la facultad de los árbitros de fallar sobre esta denuncia e incluso, de las autoridades gubernamentales del trabajo, para darle validez legal a este procedimiento. Todos estos, en la práctica y como es de público conocimiento, constituyen un serio impedimento para cambiar las convenciones colectivas cuando ello implica modificación de prestaciones extralegales.

Catalina D.

77

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

En tercer lugar, los factores prestacionales que inciden de manera importante dentro del costo laboral en la EAAB son de orden legal y no por voluntad de la Empresa, tal como ocurre con la retroactividad de la cesantía y el sistema pensional.

En efecto, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, la EAAB estaba en la obligación legal y convencional de reconocer y pagar las pensiones de jubilación. Sólo cuando entró a regir la citada Ley 100 se tuvo la posibilidad, que desde luego ha venido utilizando la Empresa, de afiliarse a los trabajadores a los denominados Fondos de Pensiones, con las limitaciones y excepciones que en la misma Ley se establecieron.

Siguiendo el anterior orden de ideas, la retroactividad de la cesantía no tiene su origen en la voluntad o liberalidad de la EAAB sino que, por el contrario, ello obedece al cumplimiento de las normas legales que regulan la materia hasta el punto que una vez se tuvo la posibilidad legal de afiliarse a los trabajadores a los Fondos de Cesantías, así se hizo. No sobra advertir que la sola retroactividad de la cesantía, para quienes disfrutaban de ella inciden en más de 20%.

De ahí entonces que la metodología utilizada en la Resolución recurrida para calcular el costo laboral (factor prestacional) no puede aceptarse pues no corresponde a los criterios tradicionales empleados para determinar estos factores, aclarando que los conceptos de costo laboral y de factor prestacional no son similares sino diferentes. El costo laboral incluye no sólo el factor prestacional sino también todos los demás gastos atribuibles a la administración de personal.

De otra parte, tampoco puede aceptarse, tal como se hace en los considerandos de la providencia recurrida y en el Documento Final CRA del 11 de junio último soporte de la misma, que "salario base" (Ver tablas 12 y 13 Documento Final) equivalga a sueldos de personal de nómina más horas extras, pues "salario base" corresponde únicamente a la asignación ordinaria del trabajador sin tener en cuenta ningún otro elemento constitutivo de salario (horas extras, recargos nocturnos, feriados, entre otros).

Ahora bien; el Cuadro Comparativo utilizado para calcular el factor prestacional promedio de las setenta (70) empresas de acueducto y alcantarillado presenta los siguientes errores e inconsistencias:

- La muestra no incluye "empresas que operen en condiciones similares" a las de la EAAB.
- La muestra no incluye a la EAAB.
- De las setenta (70) empresas seleccionadas, veintinueve (29) de ellas, es decir, el 41.43%, presentan un costo por prestaciones inferior al legal, el que según la Resolución que se recurre corresponde "al 57.6% de su salario base",
- Utilizando la fórmula diseñada en la Resolución impugnada, el "factor prestacional" no corresponde a los datos presentados en la columna "factor prestacional" de la Tabla No.15 que aparece en la página 41 del ya citado Documento Final CRA. Es así como el 38.6% de los datos que arroja dicha Tabla están errados matemáticamente.
- La afirmación de la Resolución "se encontró que el 90% de dichas empresas tiene un costo por prestaciones de 0.9660 (96.60%)" no es cierta. Destáquese que según la Tabla 15 del Documento Final CRA, página 41, ninguna empresa tiene un costo por prestaciones de 0.9660 (96.60%) y que sólo el 52.86%, es decir, treinta y siete (37) empresas, tienen un costo por prestaciones superior al 0.9660 (96.60%).

En consecuencia, los errores e inconsistencias que se han relacionado y que determinaron el promedio simple del costo por prestaciones en un 1.04 (104%) hacen que éste no sea válido.

Catalina

1.102

76

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

Pero aún aceptando, en gracia de discusión, la metodología utilizada en la Resolución recurrida y teniendo en cuenta únicamente a las empresas de la Tabla cuyo factor prestacional es igual o superior al mínimo legal (57.6%), el promedio simple del costo por prestaciones sería de 1.40 (140%) del salario base.

Por último debe advertirse que la Resolución materia de recurso, excluyó ilegalmente dentro del costo laboral, la incidencia de la retroactividad de la cesantía que, como ya se dijo, corresponde a una obligación legal y no a una gestión ineficiente de la EAAB y que equivale a un porcentaje superior al 20%. El promedio simple del costo por prestaciones, con la metodología utilizada por la CRA, sería del 1.40 (140%), más 0.20 (20%) (incidencia aproximada de la retroactividad de la cesantía), que da un total que está dentro de los parámetros que se tuvieron en cuenta para el año de 1997.

Por las razones anteriormente expuestas la posición de la EAAB es que no se incurrió en grave error en el cálculo de sus tarifas y que cualquier limitación en el reconocimiento de la totalidad de sus costos de personal reduce su flujo de caja y disminuye su plan de inversiones.

2.6 Supuestos Fácticos Erróneos:

El recurrente alega igualmente, en relación con la resolución impugnada, que ésta contiene una falsa motivación por basarse en supuestos fácticos erróneos en relación con el costo de capital y la composición adecuada de la deuda, a saber:

- "La EAAB adoptó, en el Acuerdo 15 de 1999, como costo de capital de sus costos de referencia el 14%. (subrayas fuera de texto). *Este costo de capital no refleja las propias expectativas de la Empresa en materia de costos de su financiamiento, de su estructura de capital para la expansión de su sistema, ni de la rentabilidad que le entregaría a su accionista según sus propias proyecciones financieras.*" La anterior afirmación no corresponde a la realidad ya que como se demostró anteriormente el WACC de la EAAB es del orden del 14% o superior dependiendo de los supuestos empleados en la aplicación de esta metodología.

- La composición adecuada de deuda/capital es de 70% deuda y 30% capital (equity). (subrayas fuera de texto). *Como se demostró anteriormente este valor está lejos de ser una estructura de capital óptima para la EAAB.*

2.7 Supuestos que desconocen la normatividad vigente aplicable a las entidades prestadoras de servicios públicos:

Según el recurrente la Resolución impugnada incurre en este cargo al:

- " Exigir el cumplimiento del plan de inversiones previsto en la Resolución 076 de 1999. (subrayas fuera de texto)

Desconoce la Comisión las disposiciones de la transición tarifaria al exigir que la Empresa ejecute el plan de inversiones tal como fue contemplado en la Resolución 076 de 1999 dado que los ingresos de la EAAB se han visto claramente disminuidos por dos circunstancias no imputables a la Empresa:

(i) la aprobación de las tarifas un año después de la presentación de la solicitud de modificación y (ii) extensión de la transición hasta el 2005.

En efecto la metodología tarifaria para el cálculo de los costos de referencia parte del supuesto de que las tarifas metas son alcanzadas desde el siguiente año al llamado año base, desconociendo la realidad socioeconómica que obliga a otorgar una gradualidad para alcanzar las tarifas metas al final del período de transición, esto trae como consecuencia un déficit de recursos que para compensarlos no existe otra alternativa viable que el desplazamiento de los planes de inversión. Vale la pena aclarar que cada vez que se ha desplazado la fecha en que se deben alcanzar las metas tarifarias por iniciativa gubernamental, se ha aumentado el déficit de recursos.

Categoría

1119

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

La obligación de cumplir el plan de inversiones previsto en la resolución 076 de 1999 viola el principio de suficiencia financiera, rector del régimen tarifario, en la medida en que el efecto real de la resolución 161 es una reducción del flujo efectivo con su consecuente disminución de su capacidad de endeudamiento que se traduce necesariamente un déficit para la ejecución del plan de inversiones o en su defecto, un desplazamiento de este...

(...)

- Determinar que los costos laborales deben ser cubiertos con las utilidades de la Empresa. (subrayas fuera de texto)

(...)

En el caso de las ESP privadas la disposición de las utilidades está dentro del arbitrio de sus propietarios (Dentro de los límites de las disposiciones legales societarias) y para las ESP oficiales y mixtas la disposición de utilidades deben sujetarse a las normas presupuestales que se les aplique.

En concordancia con lo anterior, las utilidades de la EAAB son de propiedad del Distrito y es el CONFIS la autoridad competente para determinar el manejo y la destinación de estos recursos.

2.8 Falta de competencia de la CRA:

En relación con estos argumentos, el recurrente expresa:

"La Resolución atacada fue expedida por la CRA sin tener competencia para ello porque la señalada "inadecuada aplicación de fórmulas", tiene relación directa con la función de control y vigilancia que constitucional y legalmente ha sido atribuida con carácter exclusivo a la Superintendencia de Servicios Públicos y no a las comisiones de regulación.

En efecto, según el artículo 370 de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

A las comisiones de regulación, como con claridad lo han expuesto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, corresponde por la vía de la delegación (artículo 211 C.P.) la primera de las indicadas funciones, esto es, la relativa a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, mientras que la segunda función, referente al control, inspección y vigilancia sobre las entidades prestadoras de los mismos ha sido asignada directamente por el Constituyente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La Corte Constitucional en Sentencia C-1162 de 2000 ha afirmado al respecto:

"No sobra señalar que las demás funciones a las que se refiere el artículo 370 superior, esto es la inspección, el control y la vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, las ejerce el Presidente, según expresa disposición constitucional, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos (Ver Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-599 del 11 de noviembre de 1996. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz)."

Adicionalmente, en desarrollo de la distinción constitucional el artículo 105.3 de la Ley 142 de 1994 dispone expresamente que "se mantendrá una estricta separación entre las funciones de regulación, que se ejercerán a través de las comisiones, y las de control y vigilancia, que se ejercerán por el Superintendente y sus delegados".

Catalina D.

1.119

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

En concordancia con ello, el artículo 73.18 de la misma ley, en vez de confiar a las comisiones una función sancionatoria, las autoriza para pedir al Superintendente que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia".

2.9 Violación del derecho de defensa:

Los argumentos de impugnación en relación con este cargo, expresan:

"La decisión se adoptó con violación del derecho de defensa, pues la Empresa sólo ahora es que ha podido conocer los elementos de juicio del grave error de cálculo que se le endilga, por lo que únicamente en este momento procesal, y de manera tardía, se da la oportunidad para controvertir los elementos técnicos que sirvieron de sustento a la decisión...

En efecto, a lo largo de la actuación, la Empresa quiso siempre saber en qué consistía el grave error de cálculo al que se refería la Resolución 144 de 2000, expedida por la Comisión de Regulación, pero invariablemente le fue respondido que sólo al finalizar la actuación podría ello determinarse...

(...)

En otros términos, la Resolución 161, de cuyo contenido se discrepa, que contiene unos elementos técnicos altamente controvertibles sobre la posible existencia de un error grave en el cálculo de las tarifas, exige, por su mismo contenido, una oportunidad de contradicción y verificación que, en cuanto se trata de una resolución definitiva, ya no podrá tener lugar.

En consecuencia, la ocasión para contradecir esos elementos de juicio hasta ahora desconocidos para la EAAB, ha debido ser justamente la actuación administrativa iniciada en noviembre de 2000, pues al tenor del artículo 29 de la Constitución, nadie puede ser condenado sin haber sido oído. Y esa exigencia constitucional no era satisfecha en este caso con la posibilidad formal del acceso a unos documentos ajenos a los estudios que finalmente y en realidad llevaron a la CRA a tomar su decisión.

El estudio básico, que en realidad contiene los soportes técnicos, económicos y financieros que condujeron a la conclusión de la CRA sobre el grave error, apenas fue entregado a la Empresa el 22 de junio de 2001, es decir, varios días después de dictada la resolución objeto de recurso, de fecha 11 de junio, y por lo tanto se mantuvo siempre oculto ante la Empresa contra la cual se adelantaba la actuación, impidiendo de manera absoluta su controversia y análisis.

Ese documento, tiene precisamente fecha del 11 de junio de 2001, es decir, el día de la decisión, y lleva por título "Documento Final", referido a la "actuación administrativa para determinar la existencia de un grave error de cálculo tarifario en los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y si es necesario modificarlos de oficio".

En el documento entregado extemporáneamente a la E.A.A.B. se incluyen los anexos 1 a 10, alegando que los anexos 11 en adelante "no se envían puesto que al hacer parte del expediente de la actuación administrativa, ya son documentos conocidos por la Empresa".

En la misma extemporaneidad, la CRA anexa disquete que contiene varios archivos en excel: cálculo del CMA ajustado para los servicios de acueducto y alcantarillado; cálculo del CMO ajustado para los servicios de acueducto y alcantarillado, modelo para el cálculo de los costos de referencia para el servicio de acueducto; modelo para el cálculo de los costos de referencia para el servicio de alcantarillado.

Lo anterior significa que, como paladinamente lo reconoce la CRA en el oficio remitido (oficio 2615 del 21 de junio de 2001), al menos diez anexos de trascendental

Catalina U.

1-115

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

importancia técnica y jurídica, decisivos materialmente en cuanto a la definición adoptada sobre error de cálculo, y cuatro archivos referentes al asunto central objeto de controversia no hicieron parte del expediente. Fueron conocidos y manejados interna y secretamente por la CRA, sin opción alguna de contradicción probatoria y sin posibilidad de realización del principio constitucional que asegura a todas las personas la garantía de participar en las decisiones que las afectan (artículo 2 C.P.). En cualquier proceso judicial o administrativo la sola circunstancia enunciada, aquí establecida en el documento tardíamente enviado a la Empresa da lugar a la nulidad del acto administrativo dictado por violación flagrante del debido proceso.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.

No obstante, en una norma especial, el artículo 113 de la Ley 142 de 1994 manifiesta que "durante el trámite de los recursos pueden complementarse las pruebas que no se hubiesen alcanzado a practicar".

El peculiar procedimiento aplicado por la CRA en esta actuación administrativa conduce a la paradójica situación según la cual deben ahora, después de la decisión definitiva, ser controvertidas pruebas esenciales, que han debido ser objeto de debate en el curso del trámite, pero que salen a flote después de dictada la resolución final.

Por ello, en virtud de lo previsto en el artículo 108 de la ley 142 de 1994 y teniendo en cuenta que existen diferencias de información y de apreciación sobre aspectos que requieren conocimientos especializados solicitamos que se decreten y practiquen pruebas a que se hace referencia en acápite correspondiente del presente escrito.

No podrá decir ahora la Comisión de Regulación que sobre tales elementos, ajenos al conocimiento anterior de la Empresa, ya no se puede ahora plantear discusión alguna por haberse dictado la resolución definitiva, pues ello implicaría la más rotunda afirmación, proveniente de la propia CRA, acerca de la vulneración del derecho de defensa y de las más elementales garantías constitucionales".

2.10 Violación del derecho a la igualdad.

Sobre el particular el recurrente manifiesta:

"Del artículo 13 de la Constitución, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en numerosas providencias, se deduce que la igualdad consiste en dar a igual trato a situaciones idénticas, y en otorgar trato distinto a situaciones disímiles.

En el presente caso, la CRA mediante Resolución 13 de 1995, "por la cual se establece la tasa de descuento o tasa de remuneración del capital vinculado a la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo", acto de carácter general y, por tanto destinado a regular esa materia respecto de todas las empresas que prestan esos servicios, señaló que la Junta Directiva de cada entidad podría determinar dicha tasa en un valor "entre el 9% y el 14%" - ver artículo 1.3.11.1 de la Resolución 151 de 2001-.

Ahora bien, de manera particular, siguiendo la citada regla, en la Resolución 076 de 1999, "por la cual se resuelve la solicitud de modificación de fórmulas tarifarias de los servicios de acueducto y alcantarillado presentada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.S.P.", se reconoció que la Junta Directiva podía fijar la tasa de descuento dentro del rango fijado previamente por la Comisión (9% a 14%).

Mediante la Resolución atacada la CRA desconoce la facultad reconocida a la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. En relación con las otras empresas se sigue aplicando la Resolución 13 de 1995 - compilada en la

Catalina

1.114

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

Resolución 151 de 2001-. De esta manera, la CRA deroga sin justificación alguna, mediante un acto de carácter particular y concreto, otro de carácter general, pero sólo respecto de uno sólo de los destinatarios de la normatividad, lo que implica la discriminación de la E.A.A.B. frente al resto de las empresas que se dedican a la misma actividad.

La misma situación discriminatoria se presenta respecto al desconocimiento de una porción de los costos laborales y del pasivo pensional, en la medida en que modifica la regulación tarifaria respecto únicamente a uno de los destinatarios".

2.11 Violación al principio constitucional de la buena fe.

Los argumentos del recurrente, en relación con este cargo se centran en establecer que:

"La E.A.A.B. sometió oportunamente a consideración de la CRA una solicitud de modificación de las fórmulas tarifarias, y obtuvo la aceptación de la Comisión acerca de la estructura correspondiente, mediante Resolución 76 del 5 de mayo de 1999.

Ahora, sin embargo, sin que hayan transcurrido los cinco años previstos en la ley 142 de 1994, y sin que, como se ha demostrado, haya existido objetivamente el error de cálculo alegado por la CRA, ésta, de manera unilateral, modifica los costos de prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y provoca una disminución de los ingresos que la EAAB tenía calculados sobre la base de las tarifas autorizadas, lo que repercute sin duda en el plan de inversiones de la empresa, en su estabilidad económica, sobre la base de un cambio abrupto en las reglas de juego con las cuales venía trabajando.

Este tratamiento, además de arbitrario, implica la violación evidente del principio de la buena fe que debe regir la actividad de las entidades públicas y todas las actuaciones del Estado.

Del enunciado constitucional (artículo 83 C.P.) se desprende sin duda, como lo ha repetido la Jurisprudencia, que no es permitido a los entes estatales modificar sin justificación objetiva y razonable o de manera sorpresiva las condiciones aplicables a la actividad de las personas. En otros términos, no es admitido por la Constitución que mediante decisiones unilaterales de los organismos públicos se modifiquen las reglas de juego con base en las cuales se tenía previsto un cierto estado de cosas, una cierta normalidad operativa y una determinada planeación de costos e ingresos, en términos tales que se genere - como aquí ocurre raíz del acto recurrido - un inmenso perjuicio y circunstancias sobrevivientes de inestabilidad y desazón..."

2.12 Violación de los derechos adquiridos con justo título y buena fe (artículo 58 C.P.)

El recurso de reposición sobre el particular alega:

"Téngase en cuenta que mediante la Resolución 161 de 2001 se hizo efectiva una revocación directa de un acto administrativo (Resolución 076 de 1999) que reconocía a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá el derecho a cobrar las tarifas de conformidad con la fórmula previamente definida por la autoridad, y que dicha revocación no respetó las reglas de los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, pues no se contó con el consentimiento expreso y escrito de su titular ni se dio oportunidad para que este manifestara sus opiniones respecto de las pruebas que, como se acaba de decir, sólo hasta ahora, esto es, después de expedido el acto definitivo, se dan a conocer.

La Resolución 161 de 2001 va contra los fines fundamentales que deben perseguir las autoridades al regular la prestación de los servicios públicos, y que a su vez corresponden a la filosofía que inspirara la concepción de un Estado Social de Derecho, en el que se debe velar por la satisfacción de necesidades básicas. En efecto, es

Catalina

1.115

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

importante resaltar que la medida adoptada por la Comisión de Regulación afecta gravemente las inversiones de la Empresa, sobre todo aquellas que iban destinadas a implementar redes del servicio a favor de personas que actualmente no gozan de él. La decisión administrativa implica que ese grupo de personas más desfavorecidas no van a recibir un trato preferente y que, por el contrario, van a continuar marginadas. La medida adoptada por la CRA desconoce de esta forma los principios de igualdad (artículo 13 C.P.), de solidaridad (artículo 1 C.P.), y el de universalidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios (artículo 365 ibídem).

Mediante la Resolución 161 de 2001 se desnaturaliza la función de intervención del Estado en la Economía que, a la luz del artículo 334 de la Carta Política, su fin es "el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano".

En la misma disposición constitucional, que la Resolución atacada desconoce, se establece que "el Estado, de manera especial, intervendrá para (...) asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos".

3. CONSIDERACIONES DE LA COMISION

3.1 Competencia para resolver el recurso de reposición

Como quiera que han transcurrido mas de dos meses desde la presentación del recurso de reposición, término previsto por el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo (C.C.A) para que opere el silencio administrativo negativo, en la continuación de la sesión de la CRA del 7 de noviembre, realizada el 10 de diciembre, la Comisión decidió que no ha perdido competencia para resolver el presente recurso de reposición, teniendo en cuenta los argumentos que se exponen a continuación.

Es claro que vencido el término de dos meses de que trata el artículo 60 del C.C.A., sin que se hubiera fallado, no hay impedimento alguno para resolver de fondo mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. La pregunta entonces es, ¿qué se entiende por acudir ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo?

Acudir ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, significa que es necesario que se *trabe la litis*, es decir, que haya dos partes reconocidas dentro de un proceso contencioso. Para ello se requiere que el juez admita la demanda y la notifique al demandado, legitimando de esta forma la intervención de la parte demandada, con lo cual se abre la vía al debido proceso y al ejercicio del derecho de defensa. Así lo ha dicho el Consejo de Estado en sentencia del 13 de junio de 1997, Sección Tercera, Radicación 12156, Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo.

Una interpretación en contrario implicaría que la Administración debería estar presente a diario ante los juzgados en lo contencioso para advertir si se ha presentado una demanda contra alguna de sus decisiones o actuaciones, lo cual por supuesto contraría el propósito o fundamento de la notificación de cualquier decisión ya sea administrativa o judicial.

Si como lo señala claramente el artículo 60 del C.C.A., en el sentido que no se pierde la competencia por el hecho de haber transcurrido dos meses sin resolver el recurso de reposición, cómo podría la Administración saber que ya no puede conocer de un asunto si no le ha sido comunicado oficial y formalmente, esto es, a través de la notificación del auto admisorio de la demanda?

La notificación del auto admisorio de la demanda es, en estricto derecho, la orden que debería tener la CRA para abandonar el conocimiento del recurso de reposición que la ocupa, en consideración a que solo a partir de este hecho, pierde la competencia. El objeto de la notificación no es otro que "de un lado garantiza(r) el debido proceso permitiendo la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y contradicción, y de

Catalina

1.115

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

otro, asegura(r) los principios superiores de celeridad y eficacia de la función judicial al establecer el momento en que empiezan a correr los términos procesales" (Sentencia C-648, Junio 20 de 2001, Corte Constitucional). En este caso se debe entender que el momento en que empiecen a correr los términos procesales del litigio, esto es, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, conllevaría la pérdida de competencia de la CRA para resolver el recurso de reposición que nos ocupa.

La simple radicación de una demanda no implica, per se, su admisión, por cuanto el juez debe verificar que ésta reúna los requisitos de admisibilidad contenidos en las normas de procedimiento. El propósito de presentar una demanda ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo implica el deseo del administrado de controvertir ante los jueces una decisión o actuación de la Administración Pública, con el fin que el juez ponga fin a una controversia entre dos partes.

Como quiera que en este caso no ha habido aún notificación del auto admisorio de la demanda, la CRA no ha perdido competencia para resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 161 de 2001. Afirmar lo contrario sería vulnerar el principio de seguridad jurídica.

Así lo decidió la CRA, por mayoría, en la continuación de la sesión del 7 de noviembre, realizada el 10 de diciembre del año en curso, luego de analizar y acoger los conceptos jurídicos presentados por el Ministerio de Educación, el Departamento Nacional de Planeación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el mismo sentido.

3.2 Análisis de los argumentos de la reposición

Teniendo en cuenta los argumentos de la impugnación esgrimidos por la EAAB, metodológicamente la CRA considera procedente revisar en primera instancia la información presentada por la misma en su recurso de reposición y en la información adicional allegada, en relación con cada uno de los temas objeto de la decisión, es decir: costo de capital, factor prestacional, porción corriente del pasivo pensional y valor de reposición de activos.

Los argumentos adicionales sobre falta de competencia, violación del derecho de defensa, desconocimiento del derecho a la igualdad, violación del principio constitucional de buena fe y violación de los derechos adquiridos con justo título y buena fe, serán analizados independientemente. Los argumentos relacionados con la falsa motivación, en tanto hacen referencia al costo de capital, factor prestacional y la porción corriente del pasivo pensional y valor de reposición a nuevo, serán analizados en la primera parte de la presente resolución.

3.2.1 Vulneración de los presupuestos del artículo 126 de la Ley 142 de 1994

3.2.1.1 Costo de Capital:

Señala la información presentada por la EAAB, que ésta estableció la tasa de descuento de conformidad con lo ordenado en su momento, por el artículo 2º. de la Resolución CRA No. 13 de 1995, que sobre el particular estableció:

"La tasa que se utilizará para remunerar el capital y por tanto como tasa de descuento en el cálculo de los costos económicos de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo será determinada por la Junta Directiva de la entidad, o quien haga sus veces, en un valor entre el 9% y el 14%."

Con fundamento en lo anterior, la EAAB presentó a consideración de la CRA con fecha 11 de Agosto de 1998, solicitud de modificación de sus fórmulas tarifarias.

La CRA mediante Resolución 076 del 5 de mayo 1999, resolvió la solicitud de modificación en cuestión, adoptando parcialmente las fórmulas tarifarias propuestas

Catalina C.

1115

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

por la EAAB como costos de referencia a aplicar para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado de Bogotá.

La Junta Directiva de la EAAB, en consideración a lo dispuesto por la CRA en virtud de la Resolución 076 de 1999, mediante Acuerdo No. 15 de fecha septiembre 13 de 1999, adoptó, además de los costos de referencia previstos en la resolución en referencia, un valor del 14% real anual como tasa de descuento, en consideración a la necesidad de *"... desarrollar los programas de inversiones para reducir la vulnerabilidad del suministro de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, extender la cobertura de los servicios, enviar la señal económica a los usuarios como elemento de racionalidad en el uso del agua y fortalecer la capacidad institucional para prestar los servicios en forma eficiente"*

Analizada la información suministrada por la EAAB en la sustentación del recurso de reposición, la CRA debe concluir que la determinación por parte de la Junta Directiva de la EAAB de modificar su tasa de descuento, se dio dentro del marco normativo dispuesto por la Resolución 13 de 1995, por las razones que se exponen a continuación.

La Resolución en referencia no incluyó como parte integral de la misma, la metodología de referencia que sirvió de base para su expedición, es decir la metodología WACC, como si lo hizo actualmente la Resolución CRA 151 de 2001, la cual recopila entre otras, la Resolución 13 de 1995, en virtud de lo dispuesto sobre el particular por el artículo 6.1.1.1 Inciso 4º, que determinó *"las respectivas exposiciones de motivos de las resoluciones que se incorporan en el presente acto administrativo forman parte integral del mismo"*.

Lo anterior implica en consecuencia, que a la fecha de determinación por parte de la Junta Directiva de la EAAB, efectivamente, no estaba obligada a observar en el cálculo de la tasa de descuento la metodología WACC; no obstante lo anterior, para la fijación de la misma, la EAAB si estaba obligada en dicho cálculo, a observar los criterios previstos por el artículo 87 de la ley 142 de 1994 en relación con el régimen tarifario, es decir, a que la tasa de descuento fuese calculada teniendo en cuenta criterios de eficiencia económica, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia, a efectos de no incurrir en un grave error de cálculo y lesionar injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa.

Estos criterios están orientados a:

- El principio de eficiencia económica, pretende que las tarifas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; a tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados y distribuir éstos entre la empresa y sus usuarios; y a que éstas no trasladen a sus usuarios los costos de una gestión ineficiente.
- El principio de suficiencia financiera busca que las fórmulas tarifarias garanticen la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; así mismo permite la remuneración del patrimonio de los accionistas en la misma forma en que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permite la utilización de las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios.
- El principio de transparencia busca que el régimen tarifario sea explícito y completamente público para todas las partes involucradas en el servicio y para los usuarios.

En este sentido, lo que se debe analizar es que efectivamente la tasa de descuento definida por la Junta Directiva de la EAAB, cumpla con estos principios en la medida en que la misma esté remunerando adecuadamente el capital requerido para financiar sus inversiones. Dentro de los argumentos de la EAAB, la misma justifica la tasa de descuento al considerar que requiere desarrollar programas de inversiones a fin de reducir la vulnerabilidad del suministro de los servicios públicos de acueducto y

Catalina

115

68

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

alcantarillado, extender la cobertura de éstos, promover la racionalidad y uso eficiente del agua y fortalecer la capacidad institucional para la prestación de los servicios a su cargo.

De otra parte es preciso señalar, que no obstante corresponder a las Juntas Directivas de las Empresas de Servicios Públicos, la definición de la tasa de descuento observando para ello los principios del régimen tarifario, es competencia de la CRA modificar de oficio las fórmulas tarifarias cuando de acuerdo con el artículo 126 de la ley 142 de 1994, sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo (por omisión o incorrecta inclusión de cualquiera de los parámetros y valores o componentes de ellos; inadecuada aplicación de las formulas tarifarias vigentes para obtener los costos de referencia base para el cálculo de las tarifas; o el inapropiado diseño de las fórmulas tarifarias por no reflejar o desvirtuar los principios del régimen tarifario) que lesionen injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o cuando existan razones de caso fortuito o de fuerza mayor que comprometan en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas.

Teniendo en cuenta la información disponible por la CRA, y que la EAAB utilizó la metodología WACC para demostrar que el valor por ella elegido como tasa de descuento, no contraría los principios de la Ley 142 de 1994, la Comisión procederá a calcular la tasa de descuento mediante la metodología WACC. La utilización de esta metodología señala un cálculo económico óptimo de la tasa de descuento, ajustada a los principios de la Ley citados anteriormente.

Fundamento teórico para el cálculo del costo de capital mediante la metodología WACC

Dado que la estructura de capital de una empresa está financiada principalmente por la deuda de largo plazo y el patrimonio (equity), la construcción del WACC se define como el promedio ponderado del costo de estas dos fuentes, así:

$$WACC = Ke (E / (E+D)) + Kd (D / (E+D))$$

Donde:

- ke=Costo de equity,
- kd=Costo de deuda después de impuestos
- E/[E+D] = We = Proporción de Equity.
- D/[E+D] = Wd = Proporción de Deuda.

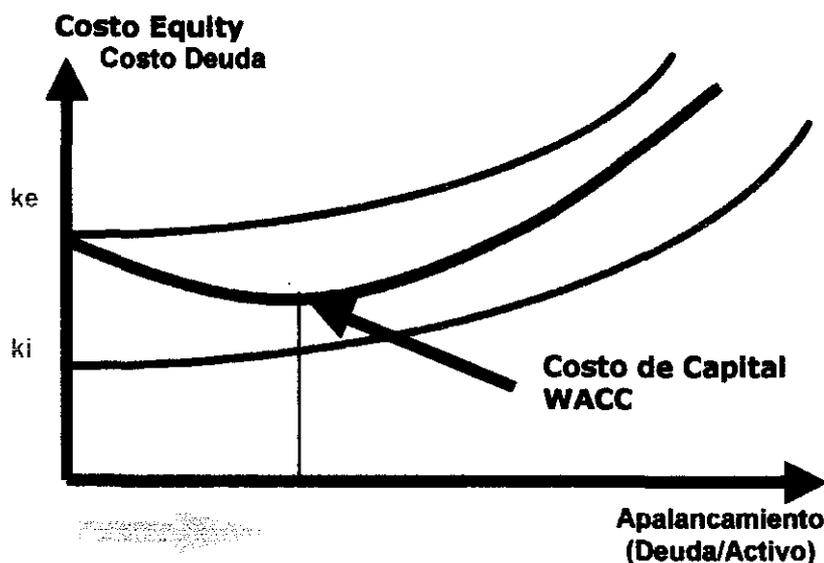
La utilización del apalancamiento financiero (utilización de la deuda) le agrega valor a la empresa, en la medida que disminuye el gasto promedio ponderado del capital y por lo tanto aumenta el valor agregado a la empresa por las decisiones de la inversión. Sin embargo, la utilización de la deuda como fuente de creación de valor no es ilimitada, ya que la ventaja del apalancamiento, comienza a perderse a medida que aparece el estrés financiero, como consecuencia del mayor riesgo financiero que enfrenta la empresa, derivado de la mayor participación de la deuda en la estructura de capital. La ventaja del apalancamiento se deriva de la deducción tributaria (escudo fiscal) de los gastos financieros pagados por la empresa, frente a la no deducibilidad de los dividendos pagados, lo cual hace que en general, el costo de la utilización de la deuda después de los impuestos sea menor que el costo de financiamiento a través de la utilización del patrimonio ("equity") después de los impuestos.

En la siguiente gráfica se observa cómo el costo de capital (representado por la línea del medio) va disminuyendo en la medida que aumenta la proporción de deuda utilizada por una empresa en su financiamiento (dado que el costo de la deuda es menor), hasta un punto en que empieza a aumentar debido al incremento del riesgo financiero.

Catalina

1111

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".



Costo de la deuda:

Se refiere a la tasa de crédito promedio obtenible por las empresas para financiar sus inversiones, determinado por la tasa de interés, el riesgo de la compañía y los beneficios tributarios (como los intereses son deducibles de impuestos, el costo de la deuda después de éstos, es una función de los impuestos).

$$Kd_{dl} = Kd_{dl} * (1-t)$$

Donde:

Kd_{dl} = Costo de la deuda después de impuestos

Kd_{dl} = Costo de la deuda antes de impuestos

t = tasa impositiva

Costo del equity:

Se refiere al costo del capital de los inversionistas del negocio y depende de la percepción de riesgo de los mismos sobre el negocio. En toda empresa hay dos tipos de riesgos: riesgo operativo y riesgo financiero. La rentabilidad esperada por un inversionista o accionista en una empresa debe estar acorde con el riesgo total de la misma, el cual es el resultado de la consideración de los riesgos operativos y financieros.

El riesgo operativo del negocio resulta de la interacción entre la estructura operativa de la empresa, que a su vez determina la estructura de costos (apalancamiento operacional), y la interacción con un mercado, que se caracteriza por una dinámica específica (crecimiento, competencia, elasticidades, etc). Este riesgo es propio de cada tipo de negocio, e independientemente de cómo se haya financiado la estructura operativa, el mismo se mide a partir del beta desapalancado de la empresa.

El riesgo financiero tiene que ver con la forma y el monto como se va a financiar la estructura productiva de la empresa, esto es, las inversiones permanentes en activos fijos y en capital de trabajo. En otras palabras depende de la forma como la empresa acude al mercado de crédito para financiar su estructura de capital. A mayor utilización de la deuda, mayor el riesgo financiero.

El riesgo total que enfrenta un accionista para una estructura dada de capital, se mide a través del Beta apalancado, correspondiente a esa estructura de capital. Por ello hay que diferenciar entre el beta no apalancado que mide únicamente el riesgo operativo y el beta apalancado que mide el riesgo total. Ambos se miden en términos relativos al riesgo del mercado (portafolio diversificado) que se supone igual a 1.

Catalina

66

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

Como consecuencia de lo anterior, un inversionista o accionista, buscaría una rentabilidad acorde con los dos riesgos que enfrenta: el del negocio (riesgo operativo) y riesgo financiero; la rentabilidad promedio en el mercado se debe ajustar por las primas correspondientes a los mayores riesgos que enfrentaría ese accionista, frente a invertir en un portafolio totalmente diversificado, que se utilice como similar del comportamiento del mercado.

Los beta se calculan para una estructura dada de capital, ya que usualmente se estiman a partir de los resultados de la regresión lineal entre la rentabilidad del mercado y la rentabilidad de la empresa para una serie de datos histórica. Por ello, cuando se utilicen betas calculados por las entidades especializadas, hay que tener en cuenta la relación entre el beta no apalancado que mide el riesgo operativo y el beta apalancado que mide el riesgo total (operativo y financiero), para una estructura dada de capital.

El costo del capital de los inversionistas del negocio se puede hallar utilizando el modelo Capital Asset Pricing Model -CAPM de la siguiente manera:

1. Estimar el β apalancado y la correspondiente relación D/E (Deuda / Equity)
2. Estimar el β sin apalancamiento, es decir, el β de la firma si no tuviera endeudamiento:

$$\beta_{na} = \beta_{actual} / [1 + (1-t)D/E]$$

3. Estimar los β para distintos niveles de deuda, ajustados a las condiciones del mercado a analizar:

$$\beta_{apalancado} = \beta_{na} [1 + (1-t)D/E]$$

4. Estimar el costo de equity (k_e) utilizando el β apalancado del punto anterior:

$$k_e = R_f + \beta_a [E(R_m) - R_f] + \text{Riesgo País}$$

Para utilizar el CAPM se necesitan cuatro elementos:

- Valor del activo libre de riesgo (R_f). Se define como el retorno de un activo donde el inversionista sabe con certeza el retorno esperado durante el periodo de análisis.
- Prima de riesgo de mercado ($R_m - R_f$). Es la prima que demandan los inversionistas por invertir en un portafolio de mercado que incluye activos riesgosos.
- Beta (β). Se encuentra determinado por el tipo de negocio, el apalancamiento operativo y el apalancamiento financiero.
- Prima de riesgo país.

Para el cálculo del retorno final, y dado que las empresas empezarán a tributar a partir del año 2002, el WACC debe ser corregido con el fin de reconocer en sus ingresos el efecto de la tasa impositiva. De esta manera el WACC queda:

$$WACC \text{ (antes de impuestos)} = WACC \text{ (después de impuestos)} / (1-t)$$

La utilización del modelo C.A.P.M, para estimar el costo del "equity" requiere una validación de los supuestos subyacentes al modelo, principalmente aquellos relacionados con la existencia de un mercado eficiente de capitales, supuesto distante del caso colombiano. Los pocos estudios existentes en Colombia al respecto (por

Catalina

1119

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

ejemplo, los tres de cada uno de los profesores, Vélez, Burbano, y Barona¹), llevan a un cuestionamiento de la utilización del modelo C.A.P.M, para medir el costo del "equity" con información del mercado colombiano. Así mismo, no existe información suficiente para la estimación adecuada de los betas, lo cual es especialmente crítico en el caso de las empresas de servicios públicos, dado que las acciones no se negocian en la Bolsa de Valores, tal y como ocurre con las acciones de la E.A.A.B.

Una forma alterna de calcular el costo del "equity", consiste en utilizar parámetros de un mercado que tenga la mayor aproximación posible a los supuestos del C.A.P.M., como por ejemplo el de los Estados Unidos, e introducir el riesgo del país en la estimación de dicho costo, para proceder al cálculo del costo promedio ponderado de capital. Este ha sido el procedimiento utilizado por las partes que intervienen en este proceso administrativo.

Comparación de parámetros utilizados dentro del proceso para el cálculo del WACC

Parámetro	Resolución 181/01	Recurso de la EAAB	WACC de Referencia
-----------	-------------------	--------------------	--------------------

Determinación de la tasa de descuento mediante la metodología del Costo Promedio Ponderado de Capital

Supuestos Básicos			
Inflación Colombia	8.00%	8.00%	8.00% DNP - Dirección Estudios Económicos Supuestos y Balanza de Pagos Oct /01
Inflación USA	2.00%	2.00%	2.90% * US Department of Labor. Sep /01
Tasa de Tributación Colombia	-	-	36.00%
Devaluación	5.88%	5.88%	4.96%

Costo deuda (Kd)			
Costo deuda	9.87% EA pesos real	13% EA dólares antes de impuestos	10.33% * EA pesos corrientes después de impuestos Deuda Colombiana: DTF (13.3%) + spread 5.0% Deuda USA: Créditos Banca Multilateral (8.6%)
Composición portafolio (pesos/dólares)	-	100% dólares	30% pesos / 70% dólares * Se realizó análisis para diferentes portafolios

Costo Equity (Ke = Rf + Beta (Rm-Rf) + Rp)			
Tasa Libre de Riesgo (Rf)	4.8% UST Bonds plazo 5 años	5.7% UST Bonds plazo 30 años	5.2% * UST Bonds plazo 20 años Bloomberg
Prima de Mercado (Rm-Rf)	7.5% Consulta Bancas de Inversión	7.5% Damodaran Database Water Utility	7.5% Damodaran Database Water Utility
Riesgo País (Rp)	8.5% MHCP reporte abril 2001	8.4% Serie histórica riesgo país	7.1% Spread promedio deuda Colombiana
deuda / equity	70% / 30% Resolución 13/95	45% / 55% Damodaran Database Water Utility	50% / 50% * Se realizó análisis para diferentes composiciones
Beta apalancado	1 Resolución 13/95	0.55 Damodaran Database Water Utility	0.59* Damodaran Database Water Utility
Costo Equity	18.42% EA pesos	18.15% Dólares	27.54% EA pesos corrientes

WACC = Kd * deuda (deuda + equity) + Ke * equity (deuda + equity)			
WACC	12% no se tiene en cuenta el tema de impuestos	13.56% EA pesos constantes	16.01% EA pesos constantes antes de impuestos

¹ Estudio citados en el informe "Costo Promedio Ponderado de Capital (WACC) para Remunerar el Capital Invertido y Tratamiento de los Pasivos Pensionales en la Determinación de las Tarifas, con Énfasis en el Caso de la EAAB" elaborado por el consultor Javier Serrano Rodríguez para el DNP.

64

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

La sustentación de los supuestos presentados en el cuadro anterior, para la columna del WACC de referencia para el mercado de agua en Colombia señalados con asterisco de la tabla anterior son²:

- Supuestos Básicos: la Inflación Doméstica de Colombia del 8.0% se estimó con base en los supuestos de la Dirección de Estudios Económicos del DNP a octubre de 2001. En relación con a la inflación de Estados Unidos del 2.90% se utilizó el valor reportado a septiembre del 2001 por el US Department of Labor, fuente oficial para este parámetro.
- Costo de la deuda: se utilizó en el análisis un portafolio de dólares y pesos. El costo de la deuda colombiana en pesos se basó en la DTF (13.3% TA) más un spread del 5.0% valor característico para este tipo de empresas y acorde con la duración de la deuda y el período de recuperación de las inversiones. Para el costo de la deuda en dólares se utilizó el promedio del valor de los créditos a que una empresa del sector puede acceder con la banca multilateral (8.5% en dólares) con acceso a garantía de la Nación.
- Para el cálculo del costo del equity se utilizaron las bases de datos para empresas del sector de agua potable y alcantarillado con orientación comercial. El Beta apalancado se obtiene del beta promedio desapalancado para una muestra de empresas incluidas en la base de datos de Damodaran "Database Water Utility", corregido con la estructura de deuda para una empresa en Colombia. La Prima de Mercado se obtuvo de la base de datos de Damodaran "Database Water Utility" y para la estimación de la Tasa Libre de Riesgo las bases de Bloomberg. El Riesgo País se estimó a partir del valor promedio de dos emisiones de deuda soberana colombiana en el mercado secundario en diferentes períodos. Las emisiones utilizadas son la COL16 y COL 27 y su escogencia se debió a que corresponden a las de una madurez consistente con la recuperación de largo plazo asociado a las inversiones en el sector de agua potable.
- En relación con la estructura de capital, relación Deuda/Equity, los cálculos del cuadro anterior se realizaron para un valor promedio (50%/50%) de empresas que actúan en mercados de valores desarrollados como el de Estados Unidos.
- Los resultados presentados en el cuadro anterior muestran la sensibilidad del WACC a los valores utilizados tanto en la Resolución 161 de 2001 como en el recurso de reposición de la EAAB. No obstante, si bien es posible utilizar diferentes valores, estos requieren un **debido fundamento** que considere la relación entre las condiciones del mercado del agua potable en Colombia y la serie de tiempo utilizada para el cálculo de cada variable, la fuente de información consultada, la relación entre el período en el que se espera recuperar la inversión y el período de maduración de los referentes utilizados, entre otros.
- La Comisión realizó un análisis de sensibilidad para algunos de los parámetros que componen el WACC, como el portafolio de inversiones para el financiamiento que puede obtener una empresa, la variación en el costo de la deuda y el apalancamiento utilizado. Este análisis de sensibilidad se realizó con el propósito de determinar el rango en el que con mayor probabilidad podría ubicarse el costo promedio ponderado del capital ante una variación de los parámetros mencionados anteriormente, y con el fin de recoger las variaciones de cada parámetro en el mercado.

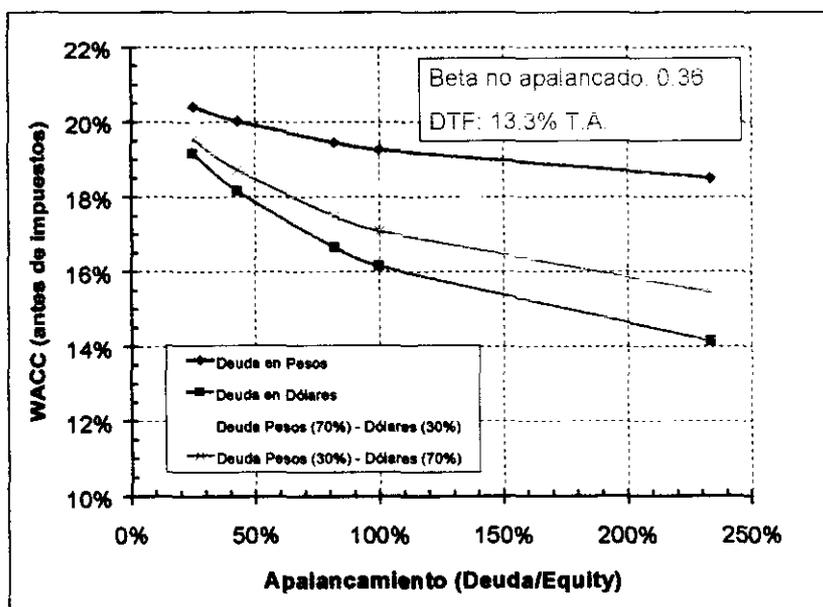
² La sustentación de estos supuestos se encuentra plenamente desarrollada en el documento "Costo Promedio Ponderado de Capital (WACC) para Remunerar el Capital Invertido y Tratamiento de los Pasivos Pensionales en la Determinación de las Tarifas, con Énfasis en el Caso de la EAAB" elaborado por el consultor Javier Serrano Rodríguez para el DNP y que sirvió de base para la presentación realizada por el DNP el 12 de octubre ante los expertos comisionados y la elaboración del documento remitido a la Unidad Administrativa mediante oficio del 14 de noviembre el Ministro Ad Hoc de Desarrollo, la Viceministra de Medio Ambiente y el Subdirector del Departamento Nacional de Planeación.

Catalina J.

1.115

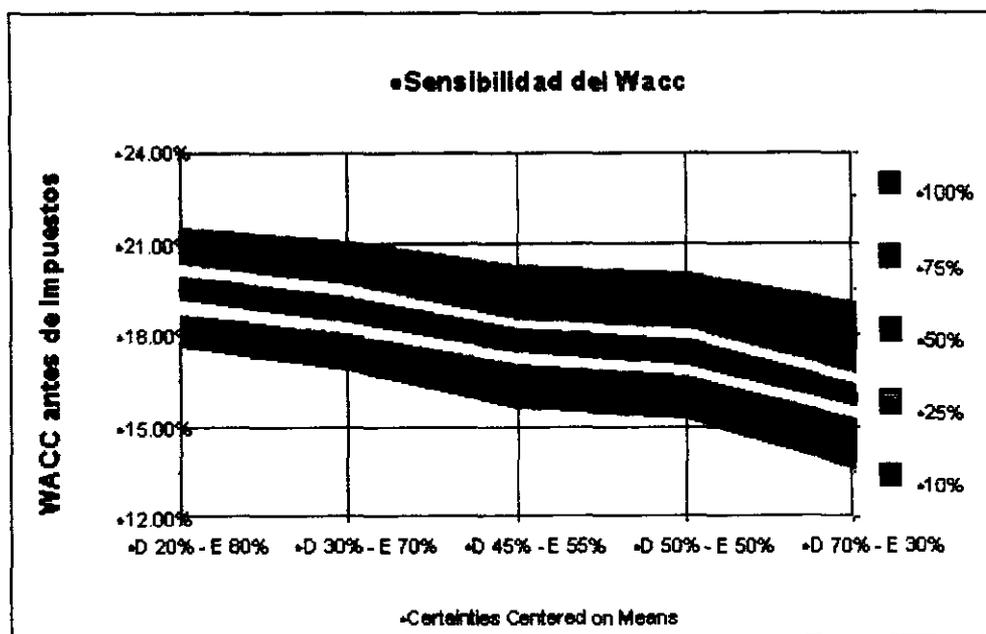
Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

Como ya se mencionó, para la realización de ese análisis de sensibilidad se generaron valores aleatorios, con los cuales se calcularon las correspondientes tasas de descuento. En la gráfica 1 se presenta un ejemplo de los resultados del análisis para una DTF del 13.3% TA. La línea superior muestra el escenario extremo de endeudamiento total en dólares, la inferior el escenario extremo de endeudamiento total en pesos y las intermedias dos escenarios de un portafolio compuesto por deuda en dólares y pesos.



Si bien la gráfica anterior se construye para un valor específico de DTF, es posible sintetizar el resultado de múltiples escenarios en una sola figura, tal como lo muestra la gráfica 2. De ella se desprende que en ningún caso el valor de la tasa de descuento de referencia para el mercado de agua potable en Colombia antes de impuestos se ubica por debajo del 14%.

Gráfica 2



En conclusión, teniendo en cuenta los aspectos técnicos y legales discutidos en el desarrollo del recurso de reposición, para esta Comisión es claro que:

Catalina J.

A.115

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

1. Para el cálculo del costo de capital de la EAAB, a la fecha de expedición del Acuerdo 15 de 1999 de la Junta Directiva, no era de obligatoria la aplicación de la metodología WACC.
2. Sin embargo, comparando los valores utilizados por la EAAB con el análisis presentado anteriormente, se observa que no se vulneran los principios que rigen el régimen tarifario de la Ley 142 de 1994, en especial los de eficiencia económica y suficiencia financiera.
3. En consecuencia, la CRA considera que en este punto no puede determinarse la existencia de un grave error de cálculo por incorrecta inclusión de factores.

3.2.1.2 Costos laborales

3.2.1.2.1 Factor prestacional

En relación con el factor prestacional, en términos generales, los argumentos de impugnación se centran en dos aspectos a saber:

- que la comparación hecha por la CRA, bajo el criterio de condiciones similares no es aplicable a la EAAB.
- que corresponde a la CRA la definición de los parámetros de eficiencia contra los cuales las empresas de servicios públicos puedan corregir sus costos laborales; parámetros que a la fecha no han sido establecidos.

Una vez revisados los argumentos expuestos por la EAAB frente a la Resolución CRA 161, se encuentra:

En relación con las "condiciones similares", previstas en el artículo 92 de la ley 142 de 1994 sobre las restricciones al criterio de recuperación de costos y gastos de operación, es preciso señalar como la norma lo indica, que las comisiones podrán utilizar, al definir las fórmulas tarifarias, no solo la información propia de la empresa, sino la de otras empresas que operen en condiciones similares.

Teniendo en cuenta que el factor a comparar para las "condiciones similares", en este caso, es solamente el prestacional, el cual no está determinado por condiciones técnicas de operación, productividad de los factores, cubrimiento del servicio, número de usuarios, etc., es posible señalar que la comparación de la CRA, guardadas la proporciones, tiene todo el soporte necesario, por lo que los argumentos de la empresa en este sentido no están llamados a prosperar.

Ahora bien, en relación con la definición de los parámetros de eficiencia conforme a los cuales las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deben corregir sus costos de operación y administración y cuya definición, en virtud de las Resoluciones CRA 8 y 9 de 1995, vigentes para la época en que la EAAB solicitó la modificación de su fórmula tarifaria ante la CRA, es preciso señalar que de acuerdo con las normas que a continuación se transcriben, estos parámetros deben ser establecidos por la CRA por vía general para todas las empresas de servicios públicos del país y no de manera particular.

La Resolución CRA 8 de 1995, por la cual se establecen los criterios y se adopta la metodología, con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios de acueducto deben determinar las tarifas de prestación del servicio, dispone sobre el particular:

"Artículo 10º. Gastos de Operación: Se incluyen todos los gastos de operación en que incurre la entidad en los diferentes proceso en el año base, corregidos con parámetros de eficiencia definidos por la Comisión. Comprende gastos tales como:

Personal Administrativo (sueldos, horas extras y prestaciones)

Provisión de pensiones de jubilación del personal activo

Porción corriente de los pasivos pensionales

Catalina

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

Personal (sueldos, horas extras y prestaciones) y demás costos imputables al desempeño de las siguientes funciones ..."

"Artículo 12º. Gastos de Administración: Incluye los administrativos, los gastos asociados a la comercialización, y a los demás servicios permanentes para garantizar que el usuario pueda disponer del servicio sin solución de continuidad, corregidos con parámetros de eficiencia definidos por la Comisión de regulación de Agua Potable y saneamiento Básico. Comprende gastos tales como:

Personal Administrativo (sueldos, horas extras y prestaciones)

Provisión de pensiones de jubilación del personal activo

Porción corriente de los pasivos pensionales

Personal (sueldos, horas extras y prestaciones) y demás costos imputables al desempeño de las siguientes funciones ..."

Igualmente, la Resolución CRA 9 de 1995 "Por la cual se establecen los criterios y se adopta la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios de alcantarillado deben determinar las tarifas de prestación del servicio", al respecto señala en sus artículos 10º y 12º. lo siguiente:

"Artículo 10º. Gastos de Operación: Se incluyen todos los gastos de operación en que incurre la entidad en los diferentes proceso en el año base, corregidos con parámetros de eficiencia definidos por la Comisión. Comprende gastos tales como:

Personal Administrativo (sueldos, horas extras y prestaciones)

Provisión de pensiones de jubilación del personal activo

Porción corriente de los pasivos pensionales

Personal (sueldos, horas extras y prestaciones) y demás costos imputables al desempeño de las siguientes funciones ..."

"Artículo 12º. Gastos de Administración: Incluye los administrativos, los gastos asociados a la comercialización, y a los demás servicios permanentes para garantizar que el usuario pueda disponer del servicio sin solución de continuidad, corregidos con parámetros de eficiencia definidos por la Comisión de regulación de Agua Potable y saneamiento Básico. Comprende gastos tales como:

Personal Administrativo (sueldos, horas extras y prestaciones)

Provisión de pensiones de jubilación del personal activo

Porción corriente de los pasivos pensionales

Personal (sueldos, horas extras y prestaciones) y demás costos imputables al desempeño de las siguientes funciones ..."

Adicionalmente, en relación con el argumento del recurrente respecto a la inclusión de 29 empresas con un factor prestacional inferior al determinado por la Ley 100 de 1993, como lo menciona la Empresa en el recurso, la comparación inicial realizada en el marco de la resolución 161 de 2001 en efecto incluyó factores prestacionales por fuera del límite legal.

En consecuencia se concluye:

1. Aunque no se hayan definido los criterios de eficiencia, no es cierto que la CRA no tenga competencia para revisar o modificar de oficio, si a ello hay lugar, la fórmula tarifaria siempre que este factor sea inadecuadamente incluido en dicha fórmula. Sin embargo, como quiera que la CRA no ha definido hasta ahora los criterios de eficiencia de manera general, no es posible hacer estas previsiones.
2. En consecuencia no puede determinarse que la EAAB ha incurrido en grave error de cálculo por inadecuada inclusión del factor prestacional en la fórmula tarifaria, tal como se plasmará en la parte resolutive.

Catalina

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

3. No obstante, es preciso observar que la EAAB tiene, como ella misma lo admite³, costos altos en relación con su factor prestacional. Por lo tanto el establecimiento de parámetros de eficiencia, en aspectos como éste, serán tenidos en cuenta por la CRA en la definición del nuevo marco regulatorio.

3.2.1.2.2 Porción corriente del pasivo pensional

En relación con el análisis y valoración de la información presentada por la EAAB respecto de la porción corriente del pasivo pensional, la empresa aclara en el recurso de reposición que este factor hace parte de la regulación vigente para el cálculo de los costos de las entidades prestadoras de los servicios de más de 8.000 usuarios; es decir, que la inclusión del valor está prevista en las Resoluciones CRA 8 y 9 de 1995 y en el Cuadro No.4 del anexo No.10 de la Resolución CRA-151 de 2001, antes Resolución CRA 03 de 1996.

Revisada la reglamentación en cita, tenemos que la Resolución CRA No. 8 de 1995 en relación con el costo medio de administración para la prestación del servicio de agua potable prevé:

"Artículo 12º. Cálculo del costo medio de Administración o Clientela. El costo medio de administración o clientela se calculará con la siguiente fórmula:

$$CMA = \frac{\sum \text{Gastos de Administración}}{\# \text{ de usuarios facturados}}$$

donde:.

\sum Gastos de Administración: ... Comprende gastos tales como:

Personal Administrativo (sueldos, horas extras y prestaciones)

Provisión de pensiones de jubilación del personal activo

Porción corriente de los pasivos pensionales⁴

Personal (sueldos, horas extras y prestaciones) y demás costos imputables al desempeño de las siguientes funciones ..."

Así mismo, la resolución CRA No. 9 de 1995 en su artículo 12º. en relación con el cálculo del costo medio de administración del servicio de alcantarillado dispone:

"Artículo 12º. Cálculo del costo medio de Administración o Clientela. El costo medio de administración o clientela se calculará con la siguiente fórmula:

$$CMA = \frac{\sum \text{Gastos de Administración}}{\# \text{ de usuarios facturados}}$$

donde:

\sum Gastos de Administración: ... Comprende gastos tales como:

Personal Administrativo (sueldos, horas extras y prestaciones)

Provisión de pensiones de jubilación del personal activo

Porción corriente de los pasivos pensionales⁵

Personal (sueldos, horas extras y prestaciones) y demás costos imputables al desempeño de las siguientes funciones ..."

Analizada la información que debe ser reportada conforme al Cuadro No.4 del anexo No.10 de la Resolución CRA-151 de 2001, es preciso señalar igualmente que el valor

³ Recurso de reposición página 25 y presentación de la Gerente de la EAAB a los Comisionados en la Sesión del pasado 7 de noviembre.

⁴ Negrillas fuera del texto.

⁵ Negrillas fuera del texto.

Catalina

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

de la porción corriente de los pasivos pensionales solo aparece reportado una vez, para efectos del cálculo del costo medio de administración -CMA-.

En efecto, la inclusión de la porción corriente del pasivo pensional hace parte de la regulación general vigente de la CRA para el cálculo de los costos de las entidades prestadoras de los servicios de más de 8.000 usuarios. Este componente del costo, para efectos del cálculo tarifario, está incluido en el Cuadro No.4 del anexo No.10 de la Resolución CRA-151 de 2001, anexo que establece la metodología para la remisión a la CRA de la información utilizada por las empresas prestadoras para el cálculo de las tarifas de los servicios de acueducto y alcantarillado.

De la manera en que está definida la fórmula para el cálculo del CMA (Resoluciones CRA-08 y CRA-09, hoy incluidas en la Resolución CRA-151 de 2001), no existe una doble incorporación de este concepto en la tarifa, independientemente de la gestión histórica que a este pasivo le hubiera dado cualquier empresa, y porque la metodología tarifaria es clara en la forma y lugar en el que hay que incorporar este valor para el cálculo de los costos de referencia. Adicionalmente, la regulación vigente no condiciona su inclusión en el cálculo de los costos de referencia a ninguna situación particular.

Sobre este aspecto hay que distinguir entre el movimiento contable que implica la provisión, o no provisión del pasivo pensional, y la potestad del regulador de permitir su incorporación en el cálculo de los costos de referencia para el cobro de tarifas. Como tal, el proceso se puede separar en dos partes: una provisión para aumentar la reserva actuarial (valor amortizado del cálculo actuarial), que debe aumentar año tras año hasta completar la amortización total, provisión que no se está llevando a la tarifa, y un pago a los pensionados actuales, que la regulación consideró en su momento se debería llevar como componente del Costo Medio de Administración. Cosa distinta es que contablemente en el pasivo de la empresa el valor amortizado al final de cada año, se distribuya en dos porciones: una de corto plazo, correspondiente a un estimado de la mesada pensional a pagar en el siguiente año y otra, la porción de largo plazo, lo cual no constituye una doble incorporación en la tarifa.

De acuerdo con lo anterior, en este caso la EAAB se ajustó a la regulación vigente. Adicionalmente, la inclusión de este componente del costo es justificado por la EAAB en términos de la viabilidad financiera que ello implica para la misma. Más aún, varias empresas incluyeron este valor en el cálculo de sus costos.

En consecuencia, al tenor de la normatividad vigente, no se puede determinar que hay grave error de cálculo por inclusión indebida de este parámetro.

3.2.1.3 Valor de reposición de activos (VRA):

En relación con aportes de la Empresa de Energía de Bogotá al Proyecto Chingaza.

Como primera medida, es necesario anotar que esta Comisión comparte la opinión del Profesor Hugo Palacios Mejía⁶ en relación con los aportes condicionales que realizan las entidades públicas a las empresas de servicios públicos, con el fin de subsidiar a los usuarios de menores ingresos.

Sin embargo tal cita, efectuada por el recurrente⁷, resulta desafortunada si se tiene en cuenta que tal previsión, esto es, la contenida en el Artículo 87.9 de la Ley 142 de 1994, no se enmarca dentro del supuesto de hecho que nos ocupa en el presente acápite. En efecto, el tratamiento que le ha dado la ley y la regulación a los aportes condicionales de que trata el artículo mencionado, es por entero diferente al marco

⁶ Concepto presentado a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, 23 de noviembre de 1995.

⁷ Recurso de reposición página 8.

Catalina

115

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

normativo aplicable para el caso de los aportes de que trata el Artículo 2.4.3.12 de la Resolución CRA 151 de 2001.

Así las cosas resulta pertinente aclararle a la EAAB que dicha resolución contempla las siguientes posibilidades:

"Artículo 2.4.3.11. Costo de reposición de redes locales aportadas por terceros. El Costo de reposición de redes locales aportadas por terceros deberá incluirse como un costo adicional al costo medio de inversión de largo plazo de que tratan las secciones 2.4.2, 2.4.3 y 3.2.2 a 3.2.4 de la presente resolución.

El costo medio de inversión por este concepto estaría dado por la siguiente fórmula:

$$CMI_R (\$/m^3) = \frac{VRRL}{VPD^*}$$

Donde:

VRRL: Estimación del valor a nuevo de las redes locales existentes aportadas por terceros, a precios de hoy.

VPD*: Valor presente de la demanda, expresada en metros cúbicos, descontada a una tasa de descuento del 0%. Esta demanda se estima de la misma forma que se establece el VPD en el Artículo 2.4.2.3 de la presente resolución, en un horizonte de largo plazo.

Artículo 2.4.3.12. Otros aportes de terceros. El costo de otros activos donados o aportados por terceros deberá incluirse como un costo adicional de inversión dentro del Costo Medio de Inversión de Largo Plazo de que tratan los Artículos 2.4.2.3 y 3.2.2.3 de la presente resolución.

Parágrafo. En caso de que el aporte se realice con la condición de que los rendimientos que normalmente hubiera producido no se incluyan en el cálculo de las tarifas, se aplicará la fórmula indicada en el artículo anterior".

Teniendo en cuenta lo anterior, tal como se expresó en la Resolución 161 de 2001, la EAAB suscribió en febrero de 1985, con la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá el "Convenio Entre la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, para la Repartición de Costos y Sobre Procedimientos de Pago de los Proyectos Chingaza, Tomine y Rio Blanco", cuyo objeto es "Acordar la participación y forma de pago de los aportes de la Empresa de Energía de Bogotá en el proyecto Chingaza", el cual en su Cláusula Quinta establece lo siguiente:

"CLAUSULA QUINTA: Participación de la Energía en los costos de Construcción del Proyecto Chingaza: La Energía asumirá a su cargo el veinte punto ocho por ciento (20.8%) de los costos en que haya incurrido el Acueducto para la realización del Proyecto Chingaza desde la iniciación de las obras hasta su finalización y puesta en marcha en agosto/83. Parágrafo 1: Este porcentaje de 20.8% de los costos totales se acepta por las partes como equivalente al veintisiete punto cero por ciento (27.0%) de los Costos Comunes del Proyecto Chingaza. Los porcentajes anteriores son el resultado de las negociaciones llevadas a cabo por representantes autorizados de las dos Empresas. (...)"

Así las cosas y de acuerdo con lo establecido en el Artículo 2.4.3.12 de la Resolución 151 de 2001, al aporte de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá a la EAAB al Proyecto Chingaza (20.8% del valor total del proyecto), no se le debe reconocer rentabilidad y, por lo tanto, debe ser descontado a tasa cero.

Al dividir esta porción del VRA por el VPD a tasa cero, se obtiene un CMI menor, que le permite a la Empresa recuperar los recursos necesarios para reponer el activo en el

Catolmy.

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

momento en que sea necesario, pero no le da rentabilidad sobre esos dineros, dado que no constituye una inversión financiada con recursos propios sino de terceros.

Finalmente, y en cuanto al argumento según el cual la participación mencionada no es un aporte al proyecto sino un pago a la EAAB como reconocimiento del beneficio que recibe la Empresa de Energía por el aumento en el caudal del Río Bogotá gracias al Proyecto Chingaza, es de aclarar que la acepción del término aporte puede implicar alguna contraprestación, y ello no excluye el no reconocimiento de rentabilidad al aporte.

En este sentido, El Profesor Hugo Palacios Mejía ha afirmado⁸: "La palabra "aportes" no ha sido objeto, en el derecho colombiano, hasta donde conozco, de una definición legal. En el Diccionario de la lengua española, preparado por la Real Academia Española, se le da, entre otros, el sentido de "Contribuir, añadir, dar".

Su uso más común, pero no exclusivo, derivado del código de comercio, alude a los bienes que una persona entrega en propiedad a una sociedad, a cambio del derecho de participar en la administración de ella y en sus utilidades. Con tal entrega desaparece, por regla general, cualquier relación jurídica directa entre el socio aportante y el bien entregado; éste entra a ser bien de la sociedad, y no del socio.

En la ley 142 la palabra "aportes" se emplea casi siempre para referirse a la transferencia de un bien, que entra a ser parte del activo social. Pero, ocasionalmente, se utiliza en otros sentidos, por ejemplo, al referirse a los "aportes" a los fondos de pensiones (artículo 43), a los "aportes" de la comunidad (numeral 63.2), contratos de "aportes reembolsables" (numeral 73.6), aportes a "fondos de solidaridad" (89.2; 89.4; 89.8), "aportes de conexión" (90.3), etc....".

En consecuencia, en este punto no le asiste razón al recurrente por lo cual se confirmará la decisión que al respecto tomó la Comisión en la Resolución CRA 161 de 2001.

Rendimiento de terrenos

Sobre este tema, la Empresa recurrente se limita a citar parte de la argumentación de la Comisión contenida en la Resolución CRA 161 de 2001 sin efectuar análisis alguno, ni refutar la decisión allí contenida.

En efecto manifiesta la Empresa:

"... se encontró que la valoración total de activos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, expresada en pesos de 1997, se sumó al equivalente a una anualidad más de rendimientos de los terrenos." En la solicitud de modificación de las fórmulas tarifarias presentada por la EAAB, base de la resolución 76 de 1999 se incluyó correctamente el cálculo de rendimientos del terreno".

No obstante lo anterior, y a pesar de la ausencia de argumentación de la empresa en este aspecto, la Comisión entró a revisar la decisión que hoy controvierte el recurrente encontrando que el cálculo efectuado por la Comisión se elaboró tomando como fuente los valores consignados por la EAAB en la comunicación 015813 Radicación CRA 2658 del 14 de septiembre de 1998, Tabla 4.2.4 "Síntesis de valoración de activos de operación". Así las cosas, cuando se calcula el valor presente del rendimiento sobre el valor de los terrenos se tomó en cuenta un horizonte de proyección de 45 años y se le sumó una anualidad adicional correspondiente al año base.

Por lo tanto, el cálculo de la Comisión fue efectuado correctamente y en consecuencia se confirmará la decisión contenida en la Resolución CRA 161 de 2001 en este aspecto.

⁸ Memorando dirigido al Coordinador General Diego Fernández Giraldo "Aportes públicos con condiciones tarifarias", noviembre 23 de 1995.

Catalina

1-115

56

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

3.2.5 Falsa Motivación

3.2.5.1 Supuestos que desconoce la normatividad vigente

En relación con el plan de inversiones y el valor de reposición de activos, es necesario señalar que la Resolución 144 de 2000 inicia procedimiento administrativo para determinar la existencia de un grave error de cálculo tarifario en los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado. De acuerdo a la definición de grave error de cálculo contenida en la Resolución 151 de 2001, éste se puede presentar, entre otros, por la omisión o incorrecta inclusión de los parámetros o valores que componen la tarifa o por la inadecuada aplicación de la fórmula tarifaria.

En el caso de la Resolución 161 de 2001, la CRA encontró que existía un grave error de cálculo por incorrecta inclusión del costo de capital, los costos laborales, la porción corriente del pasivo pensional y el valor de reposición de activos (rendimiento sobre los terrenos y aporte de la Empresa de Energía de Bogotá al proyecto Chingaza). Sin embargo, ninguno de estos factores están asociados con el monto y el flujo de las inversiones, ni se encontró que éste factor (VPI) estuviera incorrectamente incluido en las fórmulas tarifarias.

En consecuencia, la exigencia o no del cumplimiento del Plan de Inversiones así como del VRA, no podía ser objeto de decisión de la Resolución 161 de 2001 por cuanto, como se dijo atrás, el grave de error de cálculo encontrado, no afectaba de manera alguna el monto y el flujo de las inversiones.

Por lo anterior en la parte resolutive de la presente resolución se revocará el artículo segundo de la Resolución 161 de 2001.

En relación con el artículo tercero de la resolución recurrida, en donde se asigna a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la función de realizar un seguimiento a la cuenta del PUC "Fondos de Recuperación de la Inversión de los Servicios Públicos Domiciliarios", de tal forma que los ingresos destinados a inversiones y reposición de activos, recuperados vía tarifa, se incluyan en esta cuenta, la CRA considera que dicha función esta establecida a cargo de la Superintendencia en el artículo 79.4 de la Ley 142 de 1994, por lo que no era necesario plasmarla en la citada resolución.

Por otra parte, es necesario advertir que aún en el caso en que existiera duda sobre si dicha función corresponde o no a la Superintendencia, no le es dable a la CRA asignarla mediante acto administrativo. Adicionalmente, dado que el artículo segundo será revocado, por sustracción de materia este artículo debe correr la misma suerte.

Ahora bien, en relación con el artículo cuarto de la Resolución 161 de 2001, la CRA considera que éste era consistente con lo dispuesto por la misma resolución en relación con los cambios introducidos en los costos de referencia, por cuanto lo que se buscaba con la mencionada disposición era garantizar que dichos cambios, no afectaran la sostenibilidad en la prestación del servicio público. Sin embargo, como quiera que en la presente resolución la modificación en la fórmula tarifaria está relacionada con los ingresos adicionales que obtendría la EAAB por la doble incorporación del rendimiento sobre los terrenos y del rendimiento sobre los aportes de la Empresa de Energía al proyecto Chingaza, no se podría argumentar que dicha modificación pone en riesgo la capacidad de la EAAB para garantizar la sostenibilidad en la prestación del servicio público. Por lo anterior, la disposición en comentario se modificará en el sentido de no exigir la presentación de un análisis de sostenibilidad de la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en el Distrito Capital, y aclarar que la modificación introducida en la presente resolución no afecta en manera alguna la sostenibilidad del mismo.

Catalina

1.105

55

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

3.3 Falta de competencia:

Sobre el particular es preciso considerar:

El Artículo 370 de la Constitución Nacional prevé que *"Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten"*.

Bajo este marco constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 142 de 1994 o Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, cuyo Artículo 68 *ibidem* establece que el Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere la ley en referencia, por medio de las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos, si decide delegarlas, en los términos de dicha ley.

Así las cosas, la delegación del Presidente de la República contenida en el Decreto 1524 de 1994, en las Comisiones de Regulación, es una delegación plena, permanente y de ejercicio continuo, pues ésta no fue condicionada. En otras palabras, la CRA tiene las mismas competencias que la Constitución le otorgó al Presidente de la República, en el Artículo 370 superior.

El Artículo 2º de la Ley 142 de 1994 señala que el Estado intervendrá en los servicios públicos conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley, en el marco de lo dispuesto en los Artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política.

Así mismo, el Artículo 3º *ibidem* enseña que constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata la ley 142 de 1994, especialmente las relativas a, entre otras, las siguientes materias:

"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".

Se define como regulación de los servicios públicos domiciliarios la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y 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. (Artículo 14.18)

El Artículo 126 *ibidem* señala que *"las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la Comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas"*.

Con las anteriores previsiones la CRA expidió las metodologías aplicables a los servicios de acueducto y alcantarillado, mediante las Resoluciones 08 y 09 de 1995, hoy incorporadas en la Resolución CRA 151 de 2001, Título II, Capítulo IV, para el servicio de acueducto y Título III, Capítulo II, para el servicio de alcantarillado

La Empresa recurrente niega la competencia de la CRA para decidir sobre la *"inadecuada aplicación de fórmulas"*, asunto que a su parecer corresponde a la entidad encargada del respectivo control y vigilancia, es decir, a la Superintendencia de Servicios Públicos, debiendo la CRA ejercer exclusivamente la función de fijación de las

Catalina

115

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, distinguiendo las funciones de regulación de las de control propiamente dicho.

Resulta infundada esta afirmación por cuanto la regulación vigente ha definido qué se entiende por grave error de cálculo. En efecto, el artículo 1.2.1.1 de la Resolución 151 de 2001 define el grave error de cálculo como: *La omisión o la incorrecta inclusión de cualesquiera de los parámetros y valores o componentes de ellos, así como la inadecuada aplicación de las fórmulas tarifarias vigentes para obtener los costos de referencia base para el cálculo de las tarifas de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo.(...).*

En consecuencia es claro que la CRA lo único que ha hecho es aplicar la ley, esto es, el artículo 126 ya citado en concordancia con el artículo anterior.

Entiéndase que verificar un error de cálculo no es procedimiento disciplinario, punitivo, sancionatorio, sino un método para corregir una inadecuada formulación, es decir, un método para precisar la regulación dictada. Procedimiento que se expresa en unos nuevos costos, correctivos de los viciados por error grave de cálculo; función normativa que se reproduce dentro de su ámbito de competencia, como una especie de autocontrol técnico sobre las eventuales fallas de la aplicación de la metodología expedida por la Comisión, y no como control sobre la aplicación dada por una empresa a las fórmulas contenidas en los actos regulatorios modificados.

Porque el sentido común enseña que quién formula las reglas de una actividad, puede determinar la manera de aplicarlas o cambiarlas. Competencia tanto más indiscutible cuando la ley ha previsto la posibilidad de revisar sus aplicaciones y cambios, al presentarse las situaciones en las que se autoriza la modificación.

En consideración de lo anterior, independientemente de si en virtud de la resolución del presente recurso, se hace necesario revocar las decisiones adoptadas en la resolución 161 de 2001, la CRA si tenía y tiene competencia para modificar de oficio por vía excepcional, los costos de las fórmulas tarifarias cuando exista entre otros, grave error de cálculo por indebida inclusión de factores o valores, que lesionen injustamente los intereses de los usuarios.

3.4. Violación del derecho de defensa:

Sobre el particular, se hace conveniente señalar lo siguiente:

Acusa el recurrente la violación del debido proceso y del derecho de defensa, ya que solo ahora, con ocasión de la reposición, tiene oportunidad, tardía, de controvertir los elementos técnicos que sirvieron de fundamento a la decisión.

Estamos frente a la aplicación de un procedimiento administrativo especial, propio del régimen de los servicios públicos domiciliarios, regulado en el Artículo 126 de la Ley 142 de 1994.

Tal disposición es parte del Capítulo V de esa Ley que versa sobre "las fórmulas tarifarias" y regula, según su subtítulo, la "vigencia de las fórmulas de tarifas". A la regla de cinco (5) años de vigencia, introduce las excepciones de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor y la de que "sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; ...".

Tratándose de una excepción, además, dentro de un régimen legal especial, el debido proceso administrativo es el señalado en las normas que regulan los procedimientos iniciados por la administración de oficio y concluyen con decisiones unilaterales. Procedimiento, el ordenado en la Res. 144/00, que responde a la exigencia legal de que el error grave en el cálculo de las fórmulas de que se trata, y que autoriza a la

Catalina

1-115

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

CRA para variar los costos tarifarios, de acuerdo con el Art. 126 de la Ley 142, debe ser evidente. Evidencia que no se puede deducir a primera vista o por apreciación discrecional sino que, por tanto, debe hacerse patente, mediante una verificación fehaciente.

Tal procedimiento es un acto preparatorio, antecedente, de trámite interno de la CRA, que no da recursos y en el que se practican las comprobaciones, estudios y análisis conducentes a la verificación que exige la ley, al condicionar la variación anticipada de los costos ante una evidencia.

No hubo, por tanto, arbitrariedad, unilateralidad, ni discrecionalidad alguna. Se siguió un trámite sin el cual era imposible verificar el error grave y decidir positiva o negativamente el cambio de los costos de referencia.

En consecuencia, no se vulneró el debido proceso.

Valga aclarar que el derecho de defensa se manifiesta también en la etapa posterior a la decisión, y que es el derecho que está ejercitando el recurrente, en el momento procesal adecuado dentro de la vía gubernativa, sin perjuicio de las acciones judiciales que sean procedentes.

En relación con la actuación administrativa, el Artículo 106 de la Ley 142 de 1994 prevé que las reglas de este capítulo, relativo a los procedimientos administrativos para actos unilaterales, se aplicarán en todos aquellos procedimientos de las autoridades que tengan el propósito de producir los actos administrativos unilaterales a que dé origen el cumplimiento de dicha ley, y que no hayan sido objeto de normas especiales.

El Artículo 108 *ibidem* preceptúa que dentro del mes siguiente al día en que se haga la primera de las citaciones y publicaciones, y habiendo oído a los interesados, si existen diferencias de información o de apreciación sobre aspectos que requieren conocimientos especializados, la autoridad decretará las pruebas a que haya lugar.

El Artículo 109 *ibidem* establece que 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.

El Artículo 113 *ibidem* señala que salvo que la ley en referencia disponga otra cosa, contra las decisiones de los personeros, de los alcaldes, de los gobernadores, de los ministros, del Superintendente de Servicios Públicos, y de las Comisiones de Regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas sólo cabe el recurso de reposición, que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación o publicación; durante el trámite de los recursos pueden completarse las pruebas que no se hubiesen alcanzado a practicar.

En la actuación administrativa desplegada por la CRA, iniciada con la Resolución CRA No. 144 de 2000, se observaron plenamente las previsiones de los Artículos mencionados, tal como se demuestra a continuación:

La Comisión, en forma previa al inicio del procedimiento en cuestión, adelantó una serie de análisis comparativos en cumplimiento de las funciones y competencias que le confieren la Constitución y la ley, a partir de los cuales encontró que existían elementos de juicio suficientes que, razonablemente, la determinaron, en cumplimiento de su deber legal, a concluir la necesidad de iniciar el procedimiento administrativo en comento.

Catalina

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

Así las cosas, y siguiendo las previsiones del Artículo 126 de la Ley 142 de 1994, la Comisión, de oficio, inició la actuación regulada por el Capítulo II del Título VII - Artículo 106 y siguientes de dicha Ley.

La Comisión, informada por los artículos mencionados, ordenó en la Resolución CRA No. 144 de 2000 - Art 3o y 4o - "Comunicar, en los términos del Artículo 107 de la Ley 142/94, el contenido de la presente resolución al Representante Legal de la EAAB, al Alcalde Mayor de Bogotá 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 No. 144/00, la Comisión mediante Oficio CRA-OJ 3049 del 9 de Noviembre de 2000, comunicó a la Empresa la apertura del procedimiento, anexando copia de tal acto administrativo, y adoptando idéntica conducta respecto de las demás personas allí indicadas.

Adicionalmente, efectuó la publicación de la parte resolutive de la Resolución CRA 144/00 en el Diario Oficial No. 44.224 del 11 de noviembre de 2000 y en el Diario "El Espectador", en su edición del miércoles 15 de noviembre de 2000.

Como se observa de lo anotado, la Comisión se ajustó estrictamente al mandato legal, en tanto que actuó con transparencia y publicidad, siguiendo los principios que rigen las actuaciones administrativas.

Cosa bien distinta es que el Representante Legal de la Empresa, sólo tres meses después de iniciada la actuación, esto es, el 27 de febrero de 2001 - según Radicación CRA 0761 -, haya constituido apoderado especial para atender esta actuación, tal y como se desprende del poder que allegó el doctor Joaquín Fernando Motta Navas, junto con los anexos correspondientes a su nombramiento y el acta de posesión.

Pero nótese, además, que 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 Empresa, como parte interesada en el resultado de la actuación iniciada por 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 que exigieran conocimientos especializados, o si era necesario aportar elementos probatorios que debieran ser analizados por la CRA.

El término aludido, como se sabe es de un mes, pero 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 los términos del Artículo 108 de la Ley 142 de 1994, que es en lo que consiste precisamente su debido proceso, que argumenta le fue desconocido por la CRA.

No obstante lo anterior, en la Resolución CRA 157 de 2001, en la cual se decidió la solicitud de revocatoria directa impetrada por la EAAB contra la Resolución CRA 144/00 se resolvió comunicarle sobre los documentos y demás elementos que se tenían como prueba dentro de la actuación administrativa para que, si a bien lo tuviese, se pronunciara sobre las mismas y, de ser el caso, solicitara las pruebas que considerase pertinentes y conducentes.

Empero, en esta oportunidad la EAAB tampoco se pronunció acerca de los elementos probatorios existentes en el expediente construido durante la actuación administrativa, ni aportó o controvertió prueba alguna.

Por lo anterior, no se entiende cómo ahora el recurrente argumenta que la Comisión desconoció las disposiciones existentes para el desarrollo de los procedimientos

Catalina U

115

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

administrativos, contenidas en la Ley 142 de 1994 ya que, como quedó demostrado, la actividad de la Comisión se ciñó más que estrictamente a las mismas y a los principios que rigen la actuación administrativa.

Al respecto, es necesario anotar lo expresado por el Juez Treinta y Ocho Civil del Circuito al fallar la acción de tutela interpuesta por la EAAB contra la CRA: "Conforme aparece en la documental allegada por la accionada, el contenido de la Resolución 144/00 fue comunicado en los términos del art. 107 de la Ley 142/94, al representante legal de la EAAB E.S.P. (folios 59, 60 y 66), con fecha Noviembre 10 de 2000, publicada su parte resolutive en el Diario Oficial el 11 de Noviembre y en el Diario El Espectador el día 15 de Noviembre del mismo año, y sólo hasta el 27 de Febrero de 2001, la delegataria de la representante legal de la aludida empresa compareció a la actuación constituyendo apoderado judicial.

Para esta fecha ya había transcurrido con creces el término de que trata el artículo 108 de la Ley 142 de 1.994, para que la empresa si tenía interés en la actuación, ejerciera los derechos que como parte le confiere la Constitución y la Ley, esto es, conociendo, pidiendo y controvertiendo las pruebas obrantes. Insólitamente se aduce ahora la existencia de un procedimiento secreto al cual no ha tenido oportunidad de concurrir, en abierta contradicción con lo obrante en el expediente. En estas condiciones, con menor razón puede entonces afirmar que se está buscando inquisitorialmente la culpabilidad de la empresa. Nótese que la Resolución CRA 144 de 2.000, ni ordena investigar, ni acusa a la EAAB, sino que se limita a impulsar una actuación administrativa con la concreta finalidad de determinar la posible existencia de un error de cálculo tarifario.

Si a criterio de la empresa, no existía sustento probatorio de las consideraciones hechas para fundamentar la decisión de apertura de actuación de oficio, debió manifestarlo así dentro de la oportunidad que la ley establece. Por tanto, no se desconoce el debido proceso administrativo si por incuria o abulia se dejó vencer el término y menos procede la tutela para revivirlo".

Finalmente, y en cuanto a la supuesta violación del Artículo 109 de la Ley 142 de 1994, la Comisión (quien para los efectos del artículo mencionado es "la autoridad") practicó las pruebas que consideró pertinentes y conducentes, dado que la Empresa (que para los efectos del artículo es "el interesado") no hizo uso de la posibilidad que le confiere dicha norma, es decir, solicitar que quien practique las pruebas sea designado por el Superintendente de Servicios Públicos, cuando parezca indispensable para garantizar la imparcialidad y el debido proceso.

En este sentido, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al conocer la impugnación de la acción de tutela interpuesta por la EAAB contra la CRA señaló: "(...) En este evento la EAAB no acudió al trámite administrativo pese a que fue citada legalmente. De ahí que las pruebas las debía practicar la entidad que inició el trámite, lo que hizo a través de uno de sus órganos (...)"

Sorprende la argumentación del recurrente a este respecto, en el entendido en que la Comisión fue más que garantista en la actuación administrativa que hoy es reprochada. En efecto, es necesario recordarle a la EAAB que la CRA, mediante Oficios 1871 del 30 de abril de 2001, 2091 del 11 de mayo y 2283 del 24 de mayo de 2001, le expresó qué elementos se tenían como prueba dentro de la actuación administrativa y, más aún, en el Oficio 2091 expresó literalmente: "a partir de la fecha del recibo del presente oficio comienzan a correr los diez días de traslado que se mencionan en el Oficio CRA-OJ 1871 del 30 de abril de 2001". Por su parte, en éste último se dispuso: "... esta Comisión traslada el expediente por un término de diez (10) días hábiles para que ejerza sus derechos, término dentro del cual podrá solicitar la práctica de pruebas o aportar las que a bien tenga. Adicionalmente, le informo que, se tomarán como prueba los documentos relacionados en el anexo. No sobra advertir que el expediente se encuentra, como desde el comienzo de la actuación administrativa, a su disposición en las dependencias de esta Comisión".

Catalina

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

Cosa bien distinta es que en esta oportunidad la EAAB tampoco se haya pronunciado en cuanto a las pruebas que obraban en el expediente, y ahora pretenda reprochar la diligencia con la que actuó la Comisión.

Así las cosas, ha quedado demostrado que la Comisión no desconoció las previsiones de los Artículos 106, 108 y 109 de la Ley 142 de 1994 en la actuación administrativa que culminó con la expedición de la Res. CRA 161/01.

Lo anterior fue reafirmado por el Juez Treinta y Ocho Civil del Circuito y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al fallar la acción de tutela interpuesta por la EAAB contra la CRA.

También sorprende la confusión que pretende generar el recurrente, en el sentido de esgrimir una supuesta violación a su derecho de defensa porque la Comisión le dio a conocer el documento de trabajo soporte de la Res. CRA 161/01, sólo hasta el 22 de junio, esto es, diez días después de haber tomado la decisión que hoy es rebatida, al igual que los anexos 1 al 10 de dicho documento, que tampoco eran conocidos por la Empresa y los archivos en excel contentivos del modelo para el cálculo de los costos de referencia.

Pues bien, se debe responder lo siguiente:

- El documento de trabajo fechado el 11 de junio de 2001, corresponde a la presentación que se hiciera a los miembros de la sesión de Comisión de esa fecha, del proyecto de resolución que fue aprobado en la misma y que condujo a la expedición de la Res. CRA 161/01.

- En cuanto a los anexos 1 al 10 del mencionado documento de trabajo, ellos corresponden a los cálculos que se presentaron a los miembros de la sesión de Comisión del 11 de junio de 2001, con base en la propuesta presentada por el Comité de Expertos, la cual soportaba el proyecto de resolución sometido a consideración de la CRA. Dichos cálculos contenían la presentación de los costos de referencia de la EAAB vigentes, y los que resultarían en caso de tomarse la decisión, lo cual efectivamente ocurrió y, por ello, se expidió la Res. CRA 161/01 en los términos que dicho acto establece. Por tal razón, claro que no habían sido enviados a la Empresa. Toda vez que ellos corresponden a los cálculos que se presentaron a los miembros de la sesión de Comisión del 11 de junio de 2001, con base en la propuesta presentada por el Comité de Expertos, la cual soportaba el proyecto de resolución sometido a consideración de la CRA. Dichos cálculos contenían la presentación de los costos de referencia de la EAAB vigentes, y los que resultarían en caso de tomarse la decisión, lo cual efectivamente ocurrió y, por ello, se expidió la Resolución CRA 161 de 2001 en los términos que dicho acto establece.

- Finalmente, y en relación con los archivos de excel contentivos del modelo para el cálculo de los costos de referencia, olvida el recurrente que dicho archivo fue solicitado por la misma EAAB en comunicación 284 del 20-jun-01, Radicación CRA 2551 de esa fecha y, por ello su envío, realizado mediante Oficio 2615 del 21 de junio, obedece a la atención de la mencionada solicitud.

Como ha quedado plenamente demostrado, la Comisión no ha desconocido el debido proceso que le asiste a los administrados, en este caso a la EAAB, ni tampoco su derecho de defensa. En consecuencia, no le asiste razón al recurrente en este aspecto.

3.5 En relación con que la resolución impugnada desconoce el principio constitucional de buena fe.

El recurrente afirma que la CRA violó el principio constitucional de la buena fe, establecido en el Artículo 83 superior, porque la EAAB "sometió oportunamente a su consideración una solicitud de modificación de las fórmulas tarifarias, y obtuvo la

Catolín

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

aceptación de la estructura correspondiente, mediante Res. 76 del 5 de mayo de 1999".

Si el principio de la buena fe que debe regir las relaciones de las autoridades con los particulares, en ambos sentidos, implicara la inmodificabilidad de los actos administrativos, sería imposible la revocatoria directa del Código Contencioso Administrativo, Artículos 73 y 74, y la revisión excepcional que practicó la CRA, debidamente autorizada por el Art. 126 de la Ley 142 de 1994.

Y es que la corrección de errores en las actuaciones administrativas no implica, de suyo, mala fe en uno u otro de los sujetos de la relación respectiva. La administración simplemente, aplica una exigencia de racionalidad administrativa: que advertido y verificado un error de cálculo - cuestión puramente objetiva, matemática, numérica, científica, técnica- éste debe corregirse, sin que quepa plantear elementos subjetivos y éticos como el principio de la buena fe.

Por eso, a la presunción de la buena fe de los particulares en sus relaciones con la administración pública corresponde, con igual fuerza, la presunción de legalidad de las actuaciones administrativas.

3.6 Violación de los derechos adquiridos con justo título y buena fe

El recurrente igualmente afirma que la Resolución recurrida viola los derechos adquiridos con justo título y buena fe (Artículo 58 de la Constitución Política), y acumula de esta forma los cargos de violación de los Artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, de los fines fundamentales del Estado Social de Derecho, de los principios de igualdad, solidaridad y universalidad en los servicios públicos (Artículo 365 de la Constitución Política), y los de intervención del Estado en la economía (Artículo 334 Constitución).

El recurrente no advirtió que la garantía de los derechos adquiridos está reconocida en el Artículo 58 de la Constitución para la propiedad privada y los demás derechos civiles y que, por tanto, no es aplicable en el campo de los servicios públicos, en el cual prevalecen los criterios de utilidad pública e interés social que son, precisamente, los que motivaron a la CRA para dictar la Resolución 161/01, en defensa de los intereses de los usuarios afectados por la presunción de error grave en el cálculo de los costos de las tarifas de que se trata, de conformidad con los análisis realizados por la misma con base en la información disponible.

La empresa tampoco se da cuenta de que la CRA, al revisar los costos de las tarifas, no hizo más que atender a la previsión del Artículo 334 de la Constitución Política de asegurar el acceso a los referidos servicios de las personas de menores ingresos, en orden al mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.

Al Estado Social de Derecho le son inherentes, por sus fines, los servicios públicos, por lo cual ha de asegurar prioritariamente el interés de los usuarios frente al interés particular de las empresas.

Otra parte, en relación con los argumentos de impugnación, según los cuales la Resolución CRA 161 de 2001 estaría violando el código contencioso administrativo, sobre el particular se hace necesario considerar que el recurrente no tiene fundamento respecto de lo que argumenta acerca de la revocación directa de actos administrativos, ya que la situación objeto del recurso de reposición está regida por normas especiales propias de los servicios públicos, que están referidos a otra clase de procedimientos administrativos.

El recurrente ataca la Resolución CRA 161/01 porque la CRA, a su juicio, actuó sin que se reunieran los presupuestos del Artículo 126 de la Ley 142, y ése es su principal cargo. Pues bien, aquí no se trata de que la CRA revisara unas tarifas por las específicas causales señaladas en el Artículo 73 del Código Contencioso Administrativo

Catalina

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

- violación de la Constitución o de la ley, agravio injustificado, contrariedad con el interés social, obtención dolosa de la decisión - sino de la corrección de un error grave de cálculo en los costos de referencia de la Empresa. Causal enteramente distinta a las enumeradas, y de carácter técnico, para cuya corrección se otorga una facultad legal distinta a las de los Artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo y se autoriza en el Artículo 126 citado, otro procedimiento correctivo, propio del campo tarifario de los servicios públicos, y que puede ser operado de oficio, como lo ordenó la Resolución CRA 144 de 2000.

El enunciado de esta Resolución es bien claro "Por la cual se inicia procedimiento administrativo para determinar la existencia de un grave error de cálculo tarifario en los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado de la EAAB", no para revocar las tarifas vigentes, ya que agrega "... y si es necesario, modificarlas de oficio".

Cuestión bien distinta a una revocatoria directa, en cuanto a las causales, el procedimiento y los efectos de cada actuación.

El caso especial de la Resolución CRA 161/01 no concluye, como el otro, en la necesaria, ineludible y obligatoria revocación, cuando se procede de oficio. Aquí a la decisión precede un trámite de verificación que puede resultar positivo o negativo, y su aplicación es excepcional, no general, como la de la revocatoria, y, además, y esto es lo más importante y diferente: El error grave que se trata de verificar, no procede exclusivamente de la actuación administrativa, pues bien puede producirse por inadecuada aplicación o incorrecta inclusión de los costos en las metodologías, información equivocada, insuficiente o mal interpretada, por parte de la empresa de servicios o por la CRA. De modo que la revisión tarifaria, no se produce en interés, ni por falla de uno u otro, sino en favor del servicio público mismo y de sus usuarios.

Tratándose de tarifas de servicios públicos, pues, y de un procedimiento especial, no de efecto revocatorio, no era requisito para la modificación de los costos de referencia obtener el consentimiento de la EAAB.

Sobre este particular, el Juez 38 Civil del Circuito al fallar la acción de tutela interpuesta por la EAAB contra la CRA señaló: *"Tampoco es exacto considerar el procedimiento que nos ocupa, como de revocación de un acto administrativo de carácter particular y concreto, y que por tal razón no se dio oportunidad de autorizar la revocación o hacer valer sus razones contra ese propósito. Valga reiterar que, la actuación administrativa iniciada con la expedición y comunicación de la Res. 144/00 no pretende revocar acto administrativo alguno expedido a favor de la petente, sino que su objeto radica en la observancia estricta de lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley 142 de 1.994, que como atrás se señaló, faculta a las Comisiones de Regulación para modificar de oficio las fórmulas de las tarifas, cuando se establezca un grave error de cálculo"*.

Este cargo, entonces, también es infundado, tanto más si se repara en el trámite dado al procedimiento ordenado, de acuerdo con las consideraciones de la parte motiva de la Resolución CRA 144/00 sobre los antecedentes que originaron esa decisión, en la cual se garantizó que hubo la participación activa de la EAAB y la cual se originó en el cumplimiento de un deber legal de la Comisión.

Por lo anterior, no le asiste razón al recurrente en este cargo.

3.7 En relación con la solicitud de pruebas

La Empresa recurrente solicitó la práctica de un dictamen pericial, con el siguiente argumento:

"Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, los recursos de reposición y de apelación siempre deberán

Catalina

115

47

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.

No obstante, en una norma especial, el artículo 113 de la Ley 142 de 1994 manifiesta que "durante el trámite de los recursos pueden complementarse las pruebas que no se hubiesen alcanzado a practicar".

El peculiar procedimiento aplicado por la CRA en esta actuación administrativa conduce a la paradójica situación según la cual deben ahora, después de la decisión definitiva, ser controvertidas pruebas esenciales, que han debido ser objeto de debate en el curso del trámite, pero que salen a flote después de dictada la resolución final.

Por ello, en virtud de lo previsto en el artículo 108 de la ley 142 de 1994 y teniendo en cuenta que existen diferencias de información y de apreciación sobre aspectos que requieren conocimientos especializados solicitamos que se decreten y practiquen pruebas a que se hace referencia en acápite correspondiente del presente escrito.

No podrá decir ahora la CRA que sobre tales elementos, ajenos al conocimiento anterior de la Empresa, ya no se puede ahora plantear discusión alguna por haberse dictado la resolución definitiva, pues ello implicaría la más rotunda afirmación, proveniente de la propia CRA, acerca de la vulneración del derecho de defensa y de las más elementales garantías constitucionales.

(...)

Por las mismas razones, y con la finalidad de que la CRA y la Empresa tengan un punto de referencia especializado e imparcial, que permita desatar el recurso de manera objetiva e imparcial, nos permitimos solicitar de conformidad con el artículo 109 de la ley 142 se decrete prueba técnica mediante peritos autorizados, personas naturales o jurídicas, designados de común acuerdo entre la CRA y la EAAB o en su defecto que estos sean designados o contratados por la Superintendencia de Servicios Públicos.

Dicho peritazgo deberá realizarse con base en la información que obra en el expediente y la que puede suministrar la EAAB, y pronunciarse sobre las diferencias de apreciación y de información de los aspectos técnicos que aparece relacionados en el presente escrito".

Sobre este particular, se debe anotar que para el caso sub examine la Ley 142 de 1994, norma especial aplicable a la actuación de la Comisión, contiene previsiones expresas para el efecto.

Por su parte, el Artículo 56 del Código Contencioso Administrativo a la letra reza: "Los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio".

Así las cosas, los recursos de reposición y de apelación siempre deben resolverse de plano, esto es, sin que se decrete la práctica de nuevas pruebas, a menos que al interponer el recurso de apelación el recurrente solicite su práctica, o que el funcionario encargado de decidir el recurso considere que debe decretarlas de oficio.

En este sentido, el Profesor Carlos Betancur Jaramillo ha sostenido⁹: "la decisión de plano de los recursos mencionados constituye la regla general. Pero mientras el de reposición estará sujeto a esta regla, sin excepciones, el de apelación podrá dar lugar a un término para la práctica de pruebas, cuando el recurrente lo solicite así al interponerlo o el funcionario considere que debe decretarlas de oficio".

⁹ BETANGUR JARAMILLO, Carlos. "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Señal Editora, pág. 178.

Catalina U.

119

46

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

Lo anterior no obsta para que el recurrente, si a bien lo tiene, junto con el escrito contentivo del recurso de reposición, aporte nuevas pruebas que sustenten su petición, según lo señala el Artículo 52, numeral 3º, del Código Contencioso Administrativo.

En la solicitud de decretar la práctica de un dictamen pericial, el recurrente cita el Art. 109 de la Ley 142 de 1994 el cual establece que, 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 Domiciliarios.

Sin embargo, la norma no prevé que la CRA deba decretar las pruebas solicitadas en el recurso de reposición. Además, la norma se refiere a la práctica de pruebas ya decretadas.

En este sentido, la Ley 142 de 1994 no introduce modificaciones a las previsiones generales, en materia de actuaciones administrativas que adelanten las comisiones de regulación. En efecto, el Artículo 108 ídem se refiere al período probatorio dentro de la actuación administrativa, pero no al de los recursos que se interpongan contra el acto administrativo que le pone fin.

Pues, bien, el Artículo 106 ídem es muy preciso: las reglas del Capítulo II del Título VII de la Ley 142, para adoptar actos unilaterales, "se aplicarán en todos aquellos procedimientos de las autoridades que tengan el propósito de producir los actos administrativos unilaterales a que dé origen el cumplimiento de la presente ley...". Esto equivale a prescribir que lo previsto en el Artículo 109, en el que funda su petición el recurrente, no procede, porque la Res. CRA 161/01 puso término a un procedimiento administrativo y no es continuación de un procedimiento para producir un acto administrativo definitivo.

Por su parte, el Artículo 113 ibídem señala que contra las decisiones de las comisiones de regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas sólo cabe el recurso de reposición, que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación o publicación. Durante el trámite de los recursos pueden completarse las pruebas que no se hubiesen alcanzado a practicar, es decir, las pruebas ya decretadas, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

Es necesario reiterar que todos los elementos que fueron tenidos en cuenta por la CRA para tomar la decisión objeto del recurso de reposición, fueron dados a conocer oportunamente a la EAAB. Cosa bien distinta es que la EAAB no se haya pronunciado al respecto y ahora pretenda sostener la necesidad de decretar la práctica de un dictamen pericial, para subsanar su inactividad durante la actuación adelantada por la CRA, argumentando nuevamente la supuesta violación de su derecho de defensa y de contradicción que, como ha quedado demostrado, nunca ocurrió.

En este sentido, es necesario señalar lo expresado por el Juez Treinta y Ocho Civil del Circuito al fallar la acción de tutela interpuesta por la EAAB contra la CRA¹⁰: "Si a criterio de la empresa, no existía sustento probatorio de las consideraciones hechas para fundamentar la decisión de apertura de actuación de oficio, debió manifestarlo así dentro de la oportunidad que la ley establece. Por tanto, no se desconoce el debido proceso administrativo si por incuria o abulia se dejó vencer el término y menos procede la tutela para revivirlo".

Por su parte, el ad quem afirmó: "La EAAB de la ciudad fue enterada sobre el inicio del procedimiento administrativo en comento y, por tanto, tuvo oportunidad para ejercer el derecho de defensa cuestionando las pruebas que la CRA tuviera en su poder o que

¹⁰ Tutela No. 029-2001, Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, mayo 8 de 2001. Fallo confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala de Decisión Civil, junio 7 de 2001. Aprobado en Sala de Junio 1º de 2001. M.P. Rodolfo Arciniegas Cuadros.

1115

Cetoban

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

llegare a practicar, o aportando los medios de convicción que estimare pertinentes para defender sus derechos, que no hizo (...)".

Por las anteriores razones, la CRA no accederá a la solicitud de decretar la práctica de un dictamen pericial, dentro del trámite del recurso de reposición interpuesto contra la Res. 161/01.

4. Consideraciones Finales

De los argumentos antes expuestos, para la Comisión es claro la no existencia de un grave error de cálculo tarifario en relación con la tasa de descuento o de remuneración del capital, el factor prestacional y la porción corriente del pasivo pensional.

Así mismo se evidenció que se debe confirmar la existencia de un grave error de cálculo por incorrecta inclusión en los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado por parte de la EAAB, en relación con el cálculo del valor de reposición a nuevo - VRA- por los factores de rendimientos sobre terrenos y aportes de terceros al proyecto Chingaza.

En relación con el plan de inversiones y el valor de reposición de activos, al establecerse que ninguno de estos factores están asociados con el monto y el flujo de las inversiones incluidas en el cálculo tarifario, ni que el valor presente de la inversión (VPI) estuviera incorrectamente incluido en las fórmulas tarifarias, se debe revocar el artículo segundo de la resolución impugnada.

Así mismo, respecto del artículo tercero de la resolución recurrida, en donde se asigna a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la función de realizar un seguimiento a la cuenta del PUC "Fondos de Recuperación de la Inversión de los Servicios Públicos Domiciliarios", de tal forma que los ingresos destinados a inversiones y reposición de activos, recuperados vía tarifa, se incluyan en esta cuenta, la CRA considera que dicha función está en cabeza de la Superintendencia en el artículo 79.4 de la Ley 142 de 1994, por lo que no era necesario plasmarla en la citada resolución, razón por cual se revocará éste artículo.

En cuanto al artículo cuarto de la Resolución 161 de 2001 la CRA considera que, como quiera que en la presente resolución la modificación en la fórmula tarifaria está relacionada con los ingresos adicionales que obtendría la EAAB por la doble incorporación del rendimiento sobre los terrenos y del rendimiento sobre los aportes de la Empresa de Energía al proyecto Chingaza, dicha modificación no pone en riesgo la capacidad de la EAAB para garantizar la sostenibilidad en la prestación del servicio público. Por lo anterior, este artículo deberá ser revocado y en su lugar se dispondrá lo pertinente de acuerdo a lo expuesto.

De otra parte es preciso concluir, de acuerdo con los argumentos expresados, que no obstante ser procedente la revocatoria de las decisiones adoptadas en virtud de la Resolución CRA 161 de 2001, en razón a que del análisis efectuado con base en la nueva información aportada por la EAAB con ocasión del recurso de reposición, no existe grave error de cálculo respecto de la inclusión en la fórmula tarifaria de los factores de tasa de descuento, factor prestacional y porción corriente del pasivo pensional, a la CRA si le asiste competencia para iniciar actuaciones de oficio que considere necesarias con miras a modificar las fórmulas tarifarias de la empresas prestadoras de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, cuando así sea procedente de darse las causales previstas en la reglamentación vigente.

Así mismo es procedente concluir que en ningún momento la resolución CRA 161 de 2001 violó el derecho a la defensa, a la igualdad, los derechos adquiridos con justo título y el principio constitucional de buena fe como quedó expresado en la parte motiva de esta providencia, por lo que no le asiste razón al recurrente en estos aspectos.

Catalina

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

Se debe hacer explícito que el Señor Ministro de Desarrollo Económico, Doctor Eduardo Pizano de Narváez, se declaró impedido para decidir los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CRA 161 de 2001; impedimento que fue aceptado y en su lugar fue nombrado mediante Decreto 1857 del 4 de septiembre de 2001, como Ministro de Desarrollo Ad hoc para la resolución del recurso de reposición que en virtud del presente acto se resuelve, al Señor Ministro de Educación, Doctor Francisco José Lloreda Mera.

Igualmente que por escrito del 14 de noviembre de 2001, la Doctora Maria Victoria Vargas Silva Presidente del Consejo de Bogotá, recusa al Doctor Lloreda Mera como Ministro de Desarrollo Ad-hoc para resolver el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.S.P. contra la Resolución Cra. 161 de 2001.

Que una vez surtido el trámite correspondiente el Señor Presidente de la República, previa decisión del Consejo de Ministros, mediante Resolución No. 140 del 27 de noviembre de 2001, rechaza la recusación propuesta por encontrar que no fue alegada ninguna de las causales contenidas en los artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, y 30 del Código Contencioso Administrativo.

Que revisada toda la actuación no se encontró motivo alguno o causal de nulidad que afecte la misma,

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

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar la no existencia de un grave error de cálculo en relación con la tasa de descuento o de remuneración del capital, el factor prestacional, la porción corriente del pasivo pensional, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Confirmar la existencia de un grave error de cálculo por incorrecta inclusión en los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado por parte de la EAAB, en relación con el cálculo del valor de reposición a nuevo - VRA- por los factores de rendimientos sobre terrenos y aportes de terceros al proyecto Chingaza.

ARTICULO TERCERO.- De conformidad con lo anterior, revocar el artículo PRIMERO de la Resolución 161 de 2001, y en su lugar disponer:

Modificar los costos de prestación del servicio de acueducto y alcantarillado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, de la siguiente forma:

• **Valor de Reposición de Activos:**

- Acueducto: Un billón seiscientos once mil ochocientos cuarenta y cinco millones ochocientos sesenta y tres mil ochocientos dieciséis pesos (\$1.611.845'863.816 pesos), en pesos de junio de 1997, valor que se remunera al 14%.

Ciento treinta y un mil ochocientos noventa y cuatro millones quinientos veintiún mil doscientos noventa y tres pesos (\$131.894'521.293 pesos), en pesos de junio de 1997, valor que se remunera a tasa cero.

Catalina U.

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

- Alcantarillado: Trescientos cuarenta y cuatro mil trescientos treinta y dos millones ciento cuatro mil novecientos cuarenta y cinco pesos (\$344.332'104.945 pesos), en pesos de junio de 1997, valor que se remunera al 14%.
- **Costo Medio de Inversión:** Con los ajustes arriba mencionados, el valor del CMI es el siguiente:
 - Acueducto: Setecientos ochenta y ocho pesos con treinta y tres centavos por metro cúbico (\$/m³ 788,33), en pesos de junio de 1997.
 - Alcantarillado: Quinientos cincuenta y un pesos con setenta y dos por metro cúbico (\$/m³ 551,72), en pesos de junio de 1997.
- **Costo Incremental de Inversión:** Con los ajustes arriba mencionados, el valor del CII es el siguiente:
 - Acueducto: Ochocientos treinta y cinco pesos con noventa y un centavos por metro cúbico (\$/m³ 835,91) en pesos de junio de 1997.
 - Alcantarillado: Mil treinta y cinco pesos con treinta y dos centavos por metro cúbico (\$/m³ 1.035,32), en pesos de junio de 1997.

ARTÍCULO CUARTO.- Revocar los artículos SEGUNDO y TERCERO de la Resolución CRA 161 de 2001 por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO QUINTO.- Por las razones expuestas en la parte considerativa, revocar el artículo CUARTO de la Resolución 161 de 2001, y en su lugar disponer:

La EAAB no podrá afectar la sostenibilidad en la prestación del servicio público, como quiera que en la presente resolución, la modificación en la fórmula tarifaria está relacionada con los ingresos adicionales que obtendría la misma por la doble incorporación del rendimiento sobre los terrenos y del rendimiento sobre los aportes de la Empresa de Energía al proyecto Chingaza. Sobre este aspecto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejercerá sus funciones dentro de las facultades que le la Ley le ha otorgado.

ARTÍCULO SEXTO. - Notificar el contenido de la presente resolución al Alcalde Mayor del Distrito Capital; al Gerente de la EAAB y al apoderado de la misma; al Personero Distrital; al representante del Comité por la Defensa de Usuarios de Servicios Públicos Domiciliarios del Barrio Nueva Zelandia; al representante de la Firma MADETEC S.A.; al Señor Silverio Gómez Carmona; al representante de CORFERIAS S.A.; al Señor Jorge Jaramillo Vargas; a la Señora Marta Pérez Ceballos, en su calidad de administradora del Centro 93; al Representante Legal de Comestibles Italo S.A.; al Señor Héctor Saboya Méndez en su calidad de Presidente de la Junta de Acción Comunal de San Vicente Sur Oriental, a los señores Alejandro Silva - Ricardo Correal; al Contralor Distrital; al representante de la Red Nacional de Veedurías Ciudadanas; al representante de Sintracreditario; a la señora Eleonora Cuellar Pineda; al señor Leonel Gómez Cañizales; al Señor Pedro Augusto Santos y a los Señores Omar Ñañez y Otoniel Ñañez.

ARTÍCULO SEPTIMO.- No decretar la práctica del dictamen pericial solicitado por el recurrente, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente resolución.

Catalina

Continuación de la Resolución "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB E.S.P contra la resolución CRA 161 de 2001".

ARTÍCULO OCTAVO.- Confirmar en los demás aspectos la Resolución 161 de 2001 y en los demás que se refiera esta providencia que fueron objeto del recurso.

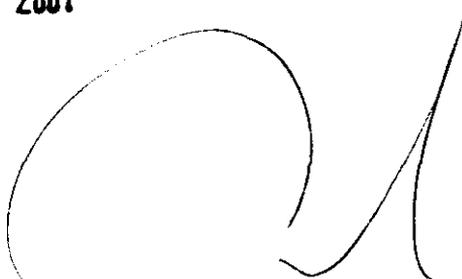
ARTÍCULO NOVENO.- La presente resolución rige a partir de su notificación y contra ella no procede recurso alguno en la vía gubernativa, la cual se encuentra agotada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

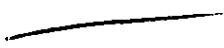
Dada en Bogotá D.C. a los **13 DIC 2001**



FRANCISCO JOSÉ LLOREDA MERA
Presidente



JORGE ENRIQUE ÁNGEL GÓMEZ
Director Ejecutivo
con salvamento de voto



Catalina U.