



Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio
República de Colombia

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico

RESOLUCIÓN CRA 675 DE 2014

(18 de Marzo de 2014)

"Por la cual se autoriza la inclusión de cláusulas excepcionales en un contrato, de acuerdo con la solicitud presentada por parte de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P."

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las conferidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, en los artículos 1.3.3.1 y 1.3.3.3 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificados por los artículos 1 y 3 de la Resolución CRA 293 de 2004 respectivamente, y en desarrollo de lo previsto en los Decretos 2882 y 2883 de 2007, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 365 de la Constitución Política dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es su deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional;

Que el artículo 366 superior, indica que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, y que será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable;

Que para lograr los anteriores fines, el constituyente previó, en el artículo 367 de la Carta Política, que la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos;

Que el artículo 370 ibidem 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;

Que a través del Decreto 1524 de 1994, se delegaron en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios;

Que el artículo 39 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 4 de la Ley 689 de 2001, dispone que las personas prestadoras de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico pueden celebrar contratos tendientes a garantizar la prestación eficiente de estos servicios;

Que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, faculta a las Comisiones de Regulación para hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes, así como de autorizar la inclusión de estas cláusulas en los demás contratos, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios;

Que así mismo, establece el artículo ibidem, que *"cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo."*

Hoja N° 2 de la Resolución CRA 675 de 2014 *"Por la cual se autoriza la inclusión de cláusulas excepcionales en un contrato, de acuerdo con la solicitud presentada por parte de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P."*

Que en relación con la anterior función, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió la Resolución CRA 01 de 1995, *"por la cual se establecen reglas para la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo"*;

Que la Resolución citada fue incorporada con modificaciones en la Sección 1.3.3 de la Resolución CRA 151 de 2001, la cual a su vez fue modificada por los artículos 1, 2 y 3 de la Resolución CRA 293 de 2004;

Que el artículo 1.3.3.1 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 1 de la Resolución CRA 293 de 2004, dispone que será forzosa la inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales, a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en los contratos (i) que conforme a la ley deban adjudicarse por el sistema de licitación, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 y en el párrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994; (ii) en los de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, y los de mantenimiento siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo en los niveles de calidad y continuidad debidos; (iii) en los que se entregue total o parcialmente la operación y/o gestión de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado o aseo, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda llevar a una falla en la prestación del servicio por el incumplimiento en la continuidad y/o calidad debidas; y (iv) en los contratos en los cuales, por solicitud de la persona prestadora, lo haya autorizado la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en forma expresa y previa a su celebración.

Que el artículo 1.3.3.3 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 3 de la Resolución CRA 293 de 2004, dispone que las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo deberán solicitar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, autorización cuando deseen incluir cláusulas exorbitantes, en contratos distintos a los que se refieren los literales b) y c) del artículo 1° de la citada Resolución, y que con la solicitud deberá remitirse la justificación soportada con los documentos a que haya lugar.

Que el citado artículo 1.3.3.3 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 3 de la Resolución CRA 293 de 2004, señala que: *"La autorización se concederá, cuando a juicio de la Comisión, sea claro que el incumplimiento del objeto del contrato, puede traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción o suspensión en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y/o aseo, en los niveles de calidad y continuidad debidos"*.

Que el prestador Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., en adelante Emvarias S.A. E.S.P., solicitó a esta Comisión, a través de radicado CRA No. 20143210002562 de 21 de Enero de 2014, *"Autorizar la inclusión de cláusulas exorbitantes en el contrato que tendrá por objeto el ARRENDAMIENTO OPERATIVO (RENTING) DE VEHÍCULOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO, POR PARTE DE EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P."*

Que el objeto del contrato respecto del cual se solicita autorización para incluir cláusulas exorbitantes o excepcionales se refiere al ARRENDAMIENTO OPERATIVO (RENTING) DE VEHICULOS PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO DE ASEO POR PARTE DE EMPRESAS VARIAS DE MEDELLIN S.A. E.S.P., contrato que de celebrarse en los términos descritos en la referida comunicación, tendría una duración de 7 años contados a partir de la firma de la respectiva acta de inicio, y que contempla el arrendamiento de 50 vehículos (46 recolectores compactadores, 1 recolector compactador y 3 recolectores frontales), para la prestación del servicio público domiciliario de aseo en el municipio de Medellín, con un presupuesto oficial estimado de \$50.114.400.000 más IVA.

Que en la citada comunicación, EMVARIAS S.A. E.S.P. remitió el documento contentivo de estudios previos del contrato respecto del cual solicita la autorización de inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales, donde a pesar que se remitió la información técnica, financiera y jurídica del mismo, y se indicó la necesidad de reposición de parte de algunos de los vehículos recolectores compactadores, con los cuales la empresa presta el servicio público domiciliario de aseo, no se motivó de manera suficiente la necesidad de inclusión de las citadas cláusulas, de tal manera que resultara claro para esta Comisión que el incumplimiento del objeto del contrato, puede traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción o suspensión en la prestación del servicio público domiciliario de aseo, en los niveles de calidad y continuidad debidos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1.3.3.3 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 3 de la Resolución CRA 293 de 2004, antes citado

Que dado lo anterior, y teniendo en cuenta que la motivación de la inclusión de las cláusulas es necesaria para que esta Comisión pueda decidir la petición presentada, se requirió al prestador a través de radicado CRA 20142110003171 del 04 de febrero de 2014, para que en el término establecido en el artículo 17 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se completara la solicitud

Hoja N° 3 de la Resolución CRA 675 de 2014 "Por la cual se autoriza la inclusión de cláusulas excepcionales en un contrato, de acuerdo con la solicitud presentada por parte de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P."

en el sentido de motivar las razones por las cuales esta Comisión debería acceder a la inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales en el contrato del asunto.

Que Emvarias S.A. E.S.P. dio respuesta a la solicitud efectuada por esta Comisión, a través de radicado CRA 20143210009102 de 28 de febrero de 2014, en el que señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

"El número de vehículos requeridos a través de la figura de renting (arrendamiento operativo) corresponde al 43% de la flota, lo que resulta ser muy significativo si tenemos en cuenta que el Municipio de Medellín, está dimensionado por número de rutas de acuerdo con sus frecuencias y horarios y con base en ello se asignan y programan los vehículos.

Actualmente, cada vehículo trabaja en dos jornadas, esto es, atiende 2 rutas al día durante los 6 días a la semana, para un total de 12 rutas por vehículo a la semana. Si multiplicamos esto por 50 vehículos, que es la cantidad de flota a reponer, serían en total 600 rutas por semana, lo que permite cumplir con las frecuencias mínimas legalmente establecidas (decreto 2981 de 2013 por el cual se reglamenta la prestación del servicio público de aseo) y prestar el servicio de manera eficiente, con continuidad, calidad, cobertura y minimizar y mitigar el impacto en la salud y en el ambiente que se pueda causar por la generación de los residuos sólidos

En virtud de lo anteriormente descrito, la falta de disposición de la flota de vehículos genera un incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Condiciones Uniformes (CCU) ocasionando alteraciones importantes en la prestación del servicio en cuanto a las frecuencias y horarios de recolección de residuos sólidos lo que ocasiona que los suscriptores se vean afectados por las deficiencias en la calidad del servicio que pueden implicar no solo costos adicionales dirigidos a mitigarlas sino un significativo impacto social en la salud pública y en el medio ambiente violando la obligación constitucional de prevenir el deterioro ambiental y al derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano.

Como puede colegirse de los puntos antes expuestos, el objeto del contrato que EMVARIAS S.A. E.S.P., pretende adjudicar y suscribir, está directamente relacionado con la adecuada prestación del servicio público de aseo congruente con el objeto social de la Empresa, de modo que, un defectuoso, inadecuado, deficiente o tardío cumplimiento de obligaciones contractuales a cargo del contratista (arrendador de los vehículos bajo renting operativo), necesariamente traerá como consecuencia necesaria y directa, la interrupción o suspensión del servicio público de aseo, en el marco de la gestión integral de los residuos sólidos, afectando sus niveles de calidad y continuidad debidos."

Que teniendo en cuenta lo anterior, resulta necesario proceder a analizar la solicitud presentada por EMVARIAS S.A. E.S.P., con el objetivo de establecer la viabilidad de autorizar la inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, la sección 1.3.3 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificada por la Resolución CRA 293 de 2004, y la Ley 80 de 1993.

ANÁLISIS DE LA SOLICITUD PRESENTADA

El artículo 32 de la Ley 142 de 1994 prevé que salvo disposición legal en contrario, la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

Dicha regla es igualmente aplicable a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

En el mismo sentido, el artículo 31 ibídem establece que las entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios, no están sujetas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo que la citada ley disponga lo contrario.

En esa medida, por regla general, los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, indistintamente de su naturaleza privada, pública o mixta, se rigen por el derecho privado, salvo las excepciones que la Constitución y el propio régimen de estos servicios señalen.

Ahora bien, la citada regla tiene una primera excepción, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, la cual tiene que ver con la facultad que tienen las comisiones de regulación para hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y de autorizar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás.

Hoja N° 4 de la Resolución CRA 675 de 2014 "Por la cual se autoriza la inclusión de cláusulas excepcionales en un contrato, de acuerdo con la solicitud presentada por parte de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P."

Al respecto, la norma señala que cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Dicha posibilidad de incluir cláusulas excepcionales o exorbitantes en los contratos de empresas de servicios públicos domiciliarios, tiene por objetivo el cumplimiento de los fines estatales, así como garantizar con la inmediatez que se requiera, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

En esa medida, al entrar a estudiar la solicitud de autorización de cláusulas excepcionales realizada por EMVARIAS S.A. E.S.P., deben tenerse en cuenta los anteriores criterios, al que se suma el establecido en el artículo 1.3.3 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 3 de la Resolución CRA 293 de 2004, en el sentido de que la autorización de este tipo de cláusulas, por solicitud de parte, "(...) se concederá, cuando a juicio de la Comisión, sea claro que el incumplimiento del objeto del contrato, puede traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción o suspensión en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y/o aseo, en los niveles de calidad y continuidad debidos"

Al respecto, consideramos necesario tener en cuenta lo señalado por el Honorable Consejo de Estado¹ quien sobre la necesidad de pactar cláusulas excepcionales ha señalado lo siguiente:

"El artículo 3 de la Ley 80 de 1993 dispone que en la celebración de los contratos y en la ejecución de los mismos, las entidades y los servidores públicos deben tener en cuenta el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. (...) En consecuencia, en el marco de lo señalado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y con el único objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos, dichas entidades podrán interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos contenidas, introducir modificaciones a lo pactado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. (...) En la exposición de motivos del estatuto contractual de 1993 se establece que la administración debe estar dotada de mecanismos eficaces, así fueren excepcionales, que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales. Es por eso que cuando se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios, las entidades públicas pueden tomar medidas que conduzcan a garantizar la continua y adecuada prestación del servicio, con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular. La exposición califica como excepcionales las circunstancias que generan el ejercicio de las cláusulas exorbitantes. Anota que los motivos aducidos por la entidad para ejercerlas deben ser graves, ya que no cualquier hecho puede provocarla pues son inescindibles al interés público, sin que se pueda desconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tendrán derecho las personas objeto de tales medidas, traducida en la contraprestación necesaria para mantener la igualdad contractual."

Teniendo en cuenta los anteriores principios, esta Comisión considera que en el caso concreto, son necesarias las cláusulas excepcionales solicitadas por el prestador EMVARIAS S.A. E.S.P., dado que el incumplimiento, o cumplimiento defectuoso del contrato de renting respecto del cual se solicitan, puede conllevar afectaciones en relación con el cumplimiento de los fines estatales involucrados en la prestación del servicio público de aseo, así como la interrupción o suspensión de la prestación de dicho servicio, en los niveles de calidad y continuidad debidos, razones suficientes para justificar su inclusión, de forma tal que el prestador pueda garantizar, a través de su ejercicio, tanto la prestación del servicio público de aseo, como el cumplimiento de los fines relacionados con dicha prestación.

De otra parte, es importante tener en cuenta que el artículo 7 del Decreto 2981 de 2013 dispone que "La responsabilidad por los impactos generados por las actividades del servicio público de aseo, incluido, el aprovechamiento, recaerá en la persona prestadora a partir del momento en que deba efectuar la recolección, la cual deberá cumplir con las disposiciones del presente decreto y demás normatividad vigente".

Según la citada norma, en el marco de la prestación del servicio público de aseo, es responsabilidad de la persona prestadora del mismo, garantizar la recolección de los residuos sólidos por medio de los vehículos recolectores², en las frecuencias y los horarios establecidos para el efecto en el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos y el Programa para la Prestación del Servicio Público de Aseo, instrumentos de planeación que se encuentran también establecidos en el Decreto 2981 de 2013.

¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, Subsección B, C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, Bogotá, D.C., seis (06) de abril de dos mil once (2011), Rad. 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483)

² Los vehículos para la prestación del servicio de aseo, empleados en las actividades de recolección y transporte de residuos con destino a disposición final, deben cumplir con las características establecidas en el artículo 37 del Decreto 2981 de 2013.

Teniendo en cuenta lo anterior, así como la motivación remitida por el prestador, y el hecho de que en la primera solicitud se asignara en la matriz de riesgos del contrato un riesgo alto frente a un eventual incumplimiento o cumplimiento defectuoso del futuro contrato, esta Comisión reitera que el eventual incumplimiento del objeto contractual, puede traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción o suspensión en la prestación del servicio público domiciliario de aseo, en los niveles de calidad y continuidad debidos, lo que justifica plenamente la autorización de la inclusión de las cláusulas excepcionales o exorbitantes solicitadas.

Que por lo anteriormente expuesto, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico,

RESUELVE

ARTÍCULO 1.- AUTORIZAR la inclusión de las cláusulas excepcionales (exorbitantes) a que se refieren los artículos 31 de la Ley 142 de 1994 y 14 de la Ley 80 de 1993, en el contrato que tendrá por objeto el arrendamiento operativo (renting) de vehículos para la prestación del servicio público domiciliario de aseo en el municipio de Medellín, por parte de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., de acuerdo a la solicitud presentada por medio de radicados CRA No. 20143210002562 de 21 de Enero de 2014 y CRA No. 20143210009102 de 28 de febrero de 2014.

ARTÍCULO 2.- NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución al representante legal de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. o a quien haga sus veces, entregándole copia íntegra, auténtica y gratuita de la misma, e informándole que contra ella sólo procede el recurso de reposición ante esta Comisión, el cual podrá ser interpuesto dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De no ser posible la notificación personal, se dará aplicación a lo previsto por el artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y procederá la correspondiente notificación por aviso.

ARTÍCULO 3.- COMUNICAR el contenido de la presente resolución a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para lo de su competencia, entregándole copia de la misma, una vez quede en firme el presente acto administrativo.

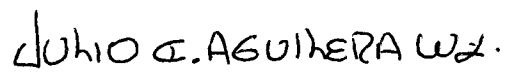
ARTÍCULO 4.- VIGENCIA. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su notificación

NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los 18 días del mes de Marzo de 2014.



NATALIA TRUJILLO MORENO
Presidente


JULIO CESAR AGUILERA WILCHES
Director Ejecutivo

