

16

MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL
COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO

RESOLUCIÓN CRA N° 23 de 2003
(20 FEB. 2003)

"Por la cual se autoriza la inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales, en el contrato de Operación y Gestión del servicio integral de aseo en la ciudad de Armenia, Quindío, a las Empresas Públicas de Armenia EPA E.S.P."

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO

En ejercicio de sus atribuciones legales y en especial de las conferidas por el Artículo 31 de la Ley 142 de 1.994 modificado por la Ley 689 de 2001, el Decreto 1524 de 1994, y el Decreto 1905 de 2000, y

CONSIDERANDO:

Que el inciso segundo del Artículo 31 de la Ley 142 de 1994 modificado por la Ley 689 de 2001 señala que " *Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes o excepcionales y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás*".

Que la Comisión posee diversas competencias asociadas a la regulación de la gestión contractual que realicen las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de aseo, independientemente de la naturaleza o nivel administrativo al que pertenezca la entidad prestadora, en especial la función de establecer por vía general o a solicitud de los interesados, los contratos en los que se incluyan las cláusulas excepcionales.

Que con base en la facultad en mención, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió la Resolución 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*", hoy incorporada en la Sección 1.3.3 de la Resolución CRA 151 de 2001.

Que el Artículo 1.3.3.3 de la Resolución CRA 151 de 2001, contempla que las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, deberán solicitar a la Comisión autorización cuando deseen incluir cláusulas excepcionales o exorbitantes, en contratos distintos a los de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, y remitir la motivación que justifique dicha inclusión.

1. ANTECEDENTES

Que las Empresas Públicas de Armenia EPA ESP, es una entidad de derecho público descentralizada, del orden municipal, constituida como Empresa Industrial y Comercial del Estado y que, actualmente presta directamente los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en la ciudad de Armenia.

Que mediante las comunicaciones Radicado CRA 4644 del 19 de noviembre y 5020 del 16 de diciembre de 2002 y 125 del 17 de enero 2003, la Gerente de las Empresas Públicas de Armenia EPA ESP, presentó solicitud de autorización para incluir las cláusulas Excepcionales o Exorbitantes, de que trata la Ley 80 de 1993, en el contrato

Hoja 2 de la Resolución "Por la cual se autoriza la inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales, en el contrato de Operación y Gestión del servicio integral de aseo en la ciudad Armenia, a las Empresa Públicas de Armenia EPA E.S.P."

de operación y gestión del servicio integral de aseo en la ciudad de Armenia, que pretende suscribir.

2. JUSTIFICACIÓN PRESENTADA POR LA EMPRESA:

Que dentro de los documentos aportados para justificar la solicitud, la Señora Gerente envía la minuta del contrato de operación y gestión del servicio integral de aseo en la ciudad de Armenia, que pretende suscribir, cuyo objeto y alcance se encuentran contenidos en las cláusulas primera y segunda del mismo, en el siguiente sentido:

"CLÁUSULA N° 1 – OBJETO.-

En virtud del presente contrato, el OPERADOR asume por su cuenta y riesgo y dentro del área municipal de Armenia, las actividades del servicio de aseo que se señalan en la cláusula segunda de este contrato. A cambio, el OPERADOR percibirá la retribución económica de que trata el presente contrato.

CLÁUSULA N° 2 – ALCANCE.-

Las labores objeto del presente contrato, que estarán a cargo del OPERADOR, son las señaladas en el formato para la solicitud de propuestas, complementadas con el alcance y contenido de su oferta, y deberán corresponder al objeto del presente contrato, es decir, a la prestación integral del servicio de aseo en la zona urbana de la ciudad de Armenia, y en el área rural conformada por el corregimiento de El Caimo, Conjunto residencial San Jorge y las veredas San Pedro, San Juan, San Remo y La Cristalina, que se presentan en el Plano Anexo; en todos sus componentes, y que comprende las siguientes labores:

- a) Recolección, manejo, transporte y descarga en el sitio de tratamiento y/o disposición final (relleno sanitario), de los residuos ordinarios provenientes de actividades domiciliarias, comerciales, industriales, institucionales, mercados, pequeños productores, grandes productores, erradicación de botaderos y sitios de arrojo clandestino, basuras en la vía pública dejadas por efecto de las lluvias, basuras generadas por los transeúntes, escombros de arrojo clandestino de volumen inferior a un (1) metro cúbico y animales muertos.
- b) Barrido manual y/o mecánico de vías, áreas públicas y sitios de interés público, limpieza en los separadores viales y zonas verdes públicas que se encuentran en las vías a barrer, su transporte y descarga en el sitio de tratamiento y/o disposición final (relleno sanitario).
- c) El corte y bordeado de césped en zonas verdes, separadores viales y parques públicos de barrio, incluyendo la recolección y el transporte hasta el sitio de tratamiento y/o disposición final de tales residuos.
- d) Desarrollo de la gestión comercial total correspondiente a la prestación integral del servicio de aseo en la ciudad de Armenia, atendiendo lo dispuesto en el anexo técnico para la prestación del servicio de aseo.
- e) Disposición final de las basuras, utilizando técnicas apropiadas, siempre y cuando los sistemas sean aprobados por la autoridad ambiental competente. Si es un sitio nuevo éste deberá ser conseguido por el OPERADOR con todos los permisos y requerimientos necesarios de tipo legal para ser operado. EPA ESP podrá realizar el acompañamiento para la obtención de las licencias necesarias.
- f) Ejecución de las obras civiles, arquitectónicas, de infraestructura, de servicios, de adecuación y cierre que se requiera en el nuevo relleno sanitario.
- g) Realización de todas las labores correspondientes a la operación técnica del relleno sanitario, entre otras: recibo, control de los residuos sólidos que ingresen a estas instalaciones; esparcido, compactación y control de estos residuos; cobertura de los mismos y compactación, tanto provisional como definitiva de las capas de cobertura; erradicación y control de roedores, vectores, y aves de basurero; manejo y control de gases generados en el relleno; manejo, tratamiento, control y disposición final de los lixiviados que se producen en el relleno; arborización, empedradización y reposición ecológica y paisajística de las zonas ocupadas por las diversas celdas del relleno cuando éstas lleguen a copar su capacidad.
- h) Realización de campañas de divulgación, educación sanitaria y manejo adecuado de residuos a los diferentes tipos de usuarios. (...)"

Que a partir del objeto y alcance establecidos en la minuta del proyecto de contrato de operación y gestión del servicio integral de aseo en la ciudad de Armenia, la Señora Gerente soporta la necesidad de incluir en el mismo, las cláusulas excepcionales

en razón a que un eventual incumplimiento de las obligaciones a cargo del operador allí estipuladas, por su naturaleza y directa vinculación con un servicio público esencial "(...) podría traer como consecuencia, bien la interrupción del servicio, bien una alteración en las condiciones de su prestación e, incluso, su suspensión (...) es evidente que el bien jurídico que se debe y quiere resguardar es la prestación de un servicio que, como el de aseo, además de público es esencial".

Que así mismo, la solicitante destaca como altamente conveniente y necesaria la inclusión de las cláusulas excepcionales como herramienta para garantizar la eficiente prestación del servicio, y termina diciendo que la Empresa conservará la titularidad y la responsabilidad del servicio como prestador.

Que adicionalmente, en el documento presentado por la Gerente de la EPA ESP, se explica la necesidad de ejecutar nuevas inversiones en el área de disposición final y en las demás actividades que comprenden el servicio público de aseo, en razón a que por la contingencia del terremoto de enero de 1999 y por ende el desarrollo de nuevos planes de vivienda, se requiere la prestación del servicio en igualdad de condiciones y dentro de parámetros de calidad.

Que frente a lo anterior, considera la Empresa, que en las actuales condiciones ésta actividad no es costeable, lo que le produce problemas financieros, y destaca que la actividad de disposición final de residuos sólidos se encuentra en estado crítico, que puede comprometer la sostenibilidad del servicio de aseo en corto plazo, pues a partir del 3 de diciembre de 2002, se dispuso el cierre del predio en donde la Empresa estaba disponiendo los residuos sólidos, debiéndose diseñar un plan de contingencia para un período de seis meses, con el fin de evitar la declaratoria de emergencia sanitaria.

Que en el estudio presentado como sustento de su solicitud, argumenta la Gerente de la EPA ESP, que las frecuencias de recolección se han disminuido a una vez por semana en algunas áreas o zonas del municipio, por razones financieras y operativas que enfrenta la empresa, y que la entidad no dispone de recursos necesarios para ampliar la cobertura en razón a la incorporación de 6.044 viviendas nuevas, que requiere atender, con las dificultades antes señaladas.

Que por todo lo anterior la Empresa esgrime en su estudio, que para poder atender adecuadamente a todos los usuarios de tal forma que asegure la prestación eficiente del servicio, se requiere que un inversionista inyecte recursos al sistema.

Que adicionalmente, la Gerente adjunta al documento de justificación técnica, el texto de la Resolución Defensorial N° 09 del 27 de noviembre de 2002, suscrita por el Doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Defensor Nacional del Pueblo, en la que se hace un recuento integral de la situación del servicio público de aseo en la ciudad de Armenia, e insta a las autoridades Departamentales, Municipales, Ambientales y a la EPA ESP, para que de manera inmediata se ponga en marcha un plan de contingencia para la disposición de los residuos de Armenia, Calarcá y Circasia, entre otras disposiciones.

Que en la misma providencia, Literal B del Artículo Octavo, se ordena a la Defensoría Regional del Quindío, interponer las acciones públicas para proteger a los usuarios del servicio público domiciliario de aseo, en los municipios de Armenia, Circasia y Calarcá "salvo que los representantes legales adopten, en un término razonable, las medidas necesarias tendientes a garantizar la calidad del servicio, particularmente en lo que se refiere a la disposición final de los desechos."

3. CONSIDERACIONES DE LA COMISION

Que de conformidad con el inciso segundo del Artículo 31 de la Ley 142 de 1994 modificado por la Ley 689 de 2001, la facultad de autorizar la inclusión de cláusulas

Hoja 4 de la Resolución "Por la cual se autoriza la inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales, en el contrato de Operación y Gestión del servicio integral de aseo en la ciudad Armenia, a las Empresa Públicas de Armenia EPA E.S.P."

excepcionales o exorbitantes, se trata, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación, y en este sentido es un instrumento de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución Política y en la Ley, teniendo como objetivo central de la Ley de Servicios Públicos, el asegurar la eficacia y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Que de acuerdo con el Artículo 1.3.3.1 de la Resolución CRA 151 de 2001, se encuentra que el contrato que se pretende suscribir de *operación y gestión del servicio integral de aseo en la ciudad de Armenia*, no corresponde a ninguno de los que en él se determina como obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales o exorbitantes. En consecuencia, y de acuerdo con lo contemplado en el Artículo 1.3.3.3 de la Resolución mencionada, la persona prestadora de servicios públicos puede solicitar autorización para incluir éstas cláusulas en sus actos contractuales.

Que para efectos del cumplimiento del Artículo 1.3.3.3 antes citado, se encuentra que la Empresa presentó la motivación que justifica la solicitud de inclusión de cláusulas excepcionales.

Que de conformidad con lo establecido en el párrafo 2º del Artículo 1.3.3.1 de la Resolución CRA 151 de 2001, *"Como criterio para la inclusión de las cláusulas, la persona prestadora deberá tener en cuenta la existencia de precedentes en los cuales el incumplimiento de contratos de similar naturaleza, ha conducido a la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o a la reducción en los niveles de calidad de agua exigidos por las autoridades competentes"*

Que una interpretación restrictiva de esta disposición, implicaría que para la inclusión de cláusulas excepcionales o exorbitantes en determinado contrato, sería necesario que, en otra oportunidad se hubiera celebrado en el municipio o distrito correspondiente un contrato de "similar naturaleza", que hubiera sido incumplido por el contratista, y que en virtud de ese incumplimiento, acaeciera una interrupción en la prestación del servicio.

Que una interpretación en ese sentido, conduciría a la Comisión a contravenir los intereses públicos consagrados en la Constitución Política y en la Ley de Servicios Públicos, en tanto que el objetivo central de éstas preceptivas es el de asegurar la eficacia y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Que en consecuencia, la prescripción citada sólo puede entenderse como un llamado a la Empresa solicitante, para que demuestre a la Comisión la necesidad de la inclusión de las cláusulas excepcionales o exorbitantes en el contrato que pretenda suscribir, de manera que quede debidamente probado que, en el evento de no establecerse en él, las citadas cláusulas, el incumplimiento por parte del contratista podría traer como consecuencia necesaria y directa la suspensión en la prestación del servicio público que presta la Empresa.

Que en concordancia, el Artículo 1.3.3.3 de la Resolución 151 de 2001, establece que la autorización se concederá siempre que, por lo menos, aparezca que el incumplimiento del objeto del contrato, puede traer como consecuencia necesaria y directa la suspensión en la prestación de un servicio público domiciliario.

Que del análisis efectuado al objeto del contrato de *operación y gestión del servicio integral de aseo en la ciudad de Armenia*, que se pretende suscribir por parte de la EPA ESP, se encuentra que, dada la naturaleza de las prestaciones en el contenidas, es claro que un incumplimiento de las mismas, podría acarrear la suspensión del servicio público. Lo anterior, en razón a que nos encontramos frente a un contrato donde el objeto y las obligaciones especiales del gestor, son el desarrollo mismo de la prestación

20

Hoja 5 de la Resolución "Por la cual se autoriza la inclusión de cláusulas exorbitantes o excepcionales, en el contrato de Operación y Gestión del servicio integral de aseo en la ciudad Armenia, a las Empresas Públicas de Armenia EPA E.S.P."

del servicio público de aseo en todos sus componentes, todo bajo la vigilancia de la EPA E.S.P.

Que adicionalmente se hace necesario precisar, que las entidades prestadoras de los servicios públicos tienen la obligación de asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente (Art. 11.1 L. 142 de 1994), y que el incumplimiento por parte de la empresa en la prestación continua del servicio, trae como consecuencia la falla en la prestación del servicio, lo cual le puede acarrear responsabilidades a la misma, en los términos del Artículo 136 de la Ley 142 de 1994.

Que de lo expuesto se concluye, que es procedente la inclusión de cláusulas excepcionales o exorbitantes en el contrato de *operación y gestión del servicio integral de aseo en la ciudad de Armenia*, que pretende suscribir la EPA E.S.P, en razón a que por tratarse de la contratación misma del servicio público de aseo en todos sus componentes, en caso de presentarse fallas en la actividad contratada o de resultar la misma ineficiente, inadecuada o insuficiente para la prestación del servicio público en mención, con la continuidad y calidad debida, se justifica que la EPA E.S.P. en calidad de contratante, cuente con las herramientas jurídicas que le permitan, de manera ágil y eficaz, subsanar la falla y así preservar y proteger el interés público involucrado.

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

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO.- Autorizar a las Empresas Públicas de Armenia EPA E.S.P, para incluir las cláusulas excepcionales o exorbitantes establecidas en el Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, a saber: terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, en el contrato de Operación y Gestión del servicio integral de aseo en la ciudad Armenia, que pretende celebrar, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Notificar personalmente el contenido de la presente Resolución, al Representante Legal de las Empresas Públicas de Armenia EPA E.S.P, o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma y advirtiéndole que contra ella sólo procede el recurso de reposición, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, conforme con lo establecido en el Artículo 50 y s.s. del Código Contencioso Administrativo.

ARTICULO TERCERO.- Vigencia Esta resolución rige a partir de la fecha de su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los 20 días del mes de febrero de 2003.

CECILIA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-RUBIO
Presidente


LUIS AUGUSTO CABRERA LEAL
Director Ejecutivo

**DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL
RESOLUCION CRA No 239 DEL 20 DE FEBRERO DE 2003**

En la fecha 7 de Marzo de 2003, se notificó del contenido de la Resolución CRA No. 239 de 2003, a la Doctora CLARA LUZ JARAMILLO HENAO, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.909.676 de Armenia , en su calidad de Representante legal de las Empresas Públicas de Armenia Quindío EPA E.S.P.

A la notificada se le entregó una copia íntegra y gratuita de la Resolución antes citada y se le advirtió que contra ella solo procede recurso de reposición que se debe presentar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

La notificada,


Doctora CLARA LUZ JARAMILLO HENAO
C.C. No. 41.909.676 de Armenia

El notificador,


Jorge Enrique Cardoso Rodriguez
Jefe de la Oficina Jurídica 2

PB