

**COMISION DE REGULACION DE
TELECOMUNICACIONES**

CRT

REPUBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No.

DEL 2001

370

"Por la cual se resuelve una solicitud de autorización de cláusulas exorbitantes"

LA COMISIÓN DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES

en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, y

CONSIDERANDO

Que mediante oficio radicado el 27 de octubre del 2000, el Doctor **SERGIO ALONSO RESTREPO**, primer suplente del presidente de **ORBITEL S.A. E.S.P.**, solicitó la autorización de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, para la inclusión de cláusulas exorbitantes en dos procesos de contratación, cuyos objetos son los de: 1. Operación de los Centros Integrados de Telefonía Social -CITS- y 2. El mantenimiento de una red de fibra óptica en el eje cafetero.

Como fundamento de la solicitud, afirma que en la ejecución de tales contratos se encuentra involucrada de manera estrecha la adecuada prestación del servicio público de telefonía de larga distancia de **ORBITEL S.A.**, al punto que el incumplimiento de los mismos puede ocasionar la interrupción en la prestación de dicho servicio. Así mismo, aduce lo siguiente:

1. Respecto del contrato para la operación de los centros integrados de telefonía social -CITS-
 - 1.1. El contrato para la operación de los centros integrados de telefonía social -CITS se encuentra directamente relacionado con la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional, ya que **ORBITEL S.A. E.S.P.** pretende cumplir, con este contrato, con la obligación legal de operar los centros de telefonía social en los 83 sitios determinados por el Ministerio de Comunicaciones.
 - 1.2. De igual forma, indica que el contratista va a realizar a nombre de **ORBITEL S.A. E.S.P.** las actividades que a esta empresa correspondería asumir en forma directa en caso que no contratara este servicio y, agrega, que dentro de las obligaciones contractuales a cargo del contratista se encuentran, entre otras, las de seleccionar, adecuar, instalar, poner en funcionamiento, operar, mantener y administrar todos los sitios donde se implemente un CITS y asumir los costos que se deriven de ello.
 - 1.3. Así, si el contratista no cumple adecuadamente las obligaciones del contrato, se puede generar la interrupción en la prestación del servicio público en todos los sitios.
2. Respecto del contrato de mantenimiento de la red de fibra óptica del eje cafetero.

CLO

N.R.

El objeto del contrato consiste en realizar todo el mantenimiento preventivo y correctivo del cable de fibra óptica canalizado y aéreo de la red de fibra óptica ETB-ORBITEL en el eje cafetero que interconecta las ciudades de Manizales, Pereira y Armenia, al igual que el levantamiento geográfico de todo el recorrido del cable de fibra óptica aéreo y el suministro de los materiales necesarios para el mantenimiento correctivo del mismo cable.

- 2.1. Este objeto tiene una estrecha relación con la prestación del servicio a cargo de ORBITEL S.A. E.S.P., pues la red de fibra óptica se necesita para prestar el servicio en la zona cafetera y para hacerlo se requiere de su mantenimiento para que la calidad y el servicio sean adecuados.
- 2.2. El mantenimiento preventivo y correctivo de una fibra está encaminado a predecir, por un lado, los posibles problemas y, por otra parte, a minimizar el impacto y los tiempos de afectación en los problemas que se presenten, por lo que el incumplimiento de este contrato puede causar la interrupción del servicio con el eje cafetero.

Sobre esta solicitud, la CRT realiza las siguiente consideraciones:

1. El artículo 31 inciso 2 de la Ley 142 de 1994, hace referencia a la obligatoriedad de la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos que determine por vía general la Comisión de Regulación, celebrados por las empresas de servicios públicos, y de manera facultativa para los demás contratos, previa consulta expresa a la respectiva comisión.

2. En efecto, La Ley 142 de 1994, en concordancia con el Estatuto General de Contratación Pública, establece en el artículo 31 que " Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente disponga otra cosa. Las comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. 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".

3. Lo anterior significa que es de imperativo cumplimiento lo establecido por la ley 142 de 1994, por cuanto está regulado de manera expresa lo referente a la posibilidad de inclusión de cláusulas exorbitantes para los eventos en los cuales dichas empresas adelanten determinados procesos de contratación con terceras personas, en la medida que a través de estas cláusulas se busca evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos.

4. Sobre esta facultad, la H. Corte Constitucional se pronunció de la siguiente forma:

(...)Así, teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación derivaron esa competencia directamente de la ley y ésta fue facultada por los artículos 365 y 367 de la Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de desarrollar dentro del marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la ley 80 de 1993, como tantas veces ha sostenido en este pronunciamiento, no es admisible el cargo imputado por el actor, en razón a que no existe el traslado de competencias del legislador al Presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de

Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la ley.¹

5. De acuerdo con las normas citadas, las empresas prestadoras de servicios públicos tienen, por regla general, la aplicación del régimen de derecho privado para los aspectos relativos a la contratación y sólo excepcionalmente en los casos señalados por la Ley, procede la inclusión de cláusulas exorbitantes. Así, la inclusión de dichas cláusulas en ciertos contratos, bien cuando la respectiva Comisión obligue a ello o cuando faculte su inclusión previa consulta expresa, se justifica por el hecho que estas empresas gozan de unas prerrogativas excepcionales derivadas de la actividad de interés público que desarrollan.

6. Es por esto que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en desarrollo de lo contemplado en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, estableció en el artículo 2.26 de la Resolución 087 de 1997, la obligación para todos los operadores de TPBC de incluir cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, en los contratos de obra, de consultoría y suministro de bienes, cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación del servicio público y su incumplimiento pueda acarrear como consecuencia directa, la interrupción en la prestación del mismo.

7. Al respecto, en reiteradas oportunidades, la CRT ha manifestado que aún cuando se trate de contratos distintos de los expresamente enunciados en el artículo 2.26 de la Resolución CRT 087 de 1997, en los cuales es obligatoria la inclusión, atendiendo la finalidad de las cláusulas exorbitantes y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, los contratos distintos de aquéllos, respecto de los cuales se solicite autorización para la inclusión de las mismas, deben cumplir las condiciones exigidas en el artículo 2.26 antes citado, así:

- Que el contrato específico esté relacionado con el desarrollo del objeto social de la empresa y,
- Que el incumplimiento del contrato pueda acarrear como consecuencia directa la interrupción en la prestación del servicio público.

8. Sobre el alcance de la función conferida por la Ley 142 de 1994 a las Comisiones de Regulación en relación con la inclusión de cláusulas exorbitantes, el Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

(...) La Sala observa que esta función de las comisiones de regulación comprende dos modalidades y es una facultad discrecional en cuanto pueden escoger libremente los contratos en los cuales consideran obligatoria la inclusión de las cláusulas exorbitantes, discrecionalidad que deben desarrollar en consonancia con la obligación que les impone la ley de regular el servicio público domiciliario y velar por el cumplimiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios, señaladas por el Presidente de la República atendiendo lo dispuesto en el artículo 370 de la Constitución Nacional (...). En consecuencia, es potestativo de las Comisiones de Regulación decidir por vía general en cuáles de los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos se deben incluir las cláusulas exorbitantes. La segunda modalidad consiste en autorizar a una empresa prestadora de servicios públicos para estipular cláusulas exorbitantes.² (Subrayado fuera de texto)

9. En virtud de lo anterior, frente a los contratos señalados por vía general en el artículo 2.26 de la Resolución CRT 087 de 1997, es clara la obligatoriedad de inclusión de cláusulas exorbitantes en los mismos, y frente a los demás tipos de contratos que se sometan a consideración de la comisión de regulación, la función asignada en la Ley 142 de 1994 se circunscribe a facultar a una determinada empresa para la inclusión de cláusulas exorbitantes en tales contratos, de tal forma que esta autorización en particular no equivale a una obligación para la inclusión de cláusulas, sino que, por el contrario, constituye

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-066 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz. Exp. D-1394

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Nubia Gonzalez Cerón. Radicación 673. Marzo 9 de 1995.

una decisión de la propia empresa si las incluye o no, con la consecuente responsabilidad que de ello se deriva dentro del marco de la relación contractual correspondiente.

10. Así las cosas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.26 de la Resolución CRT 087 de 1997, se hace necesario analizar si en los contratos objeto de la solicitud se cumplen las condiciones señaladas anteriormente, para que proceda la autorización de la inclusión específica de las mencionadas cláusulas, así:

10.1 Contrato para la operación de los centros integrados de telefonía social - CITS-

Conforme con el artículo 25 del Decreto 2542 de 1997, constituye obligación de todos los operadores del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia la de "construir y operar Centros Integrados de Telefonía Social en aquellos municipios que actualmente no cuentan con servicios de TPBCL".

En efecto, el artículo antes mencionado dispone que los operadores de TPBCLD que hayan obtenido la licencia antes del 31 de diciembre de 1997 incluyendo a TELECOM, deben prestar directamente, indirectamente o por asociación entre ellos, el servicio telefónico de TPBCLD a través de un Centro Integrado de Telefonía Social - CITS- en un número mínimo de doscientos cincuenta (250) municipios que no tengan servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada Local -TPBCL y, para aquellos operadores que obtengan la licencia después del 31 de diciembre de 1997, el Fondo de Comunicaciones asignará los municipios en los que deban prestar el servicio, en las mismas condiciones y características para que de este modo la carga sea equitativa.

Adicionalmente, el Decreto citado establece que el Fondo de Comunicaciones es la autoridad competente para definir los municipios en los cuales deben instalarse Centros Integrado de Telefonía Social - CITS- y que la atención de los municipios designados debe ser repartida entre los operadores del servicio de TPBCLD de común acuerdo o equitativamente por el Fondo de Comunicaciones, en su defecto.

Igualmente, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por medio de la Resolución 278 del 30 de junio del 2000, estableció las condiciones y requisitos de los Centros Integrados de Telefonía Social -CITS.

Teniendo en cuenta estas disposiciones, la CRT comparte lo manifestado por el solicitante en el sentido que el contrato para la operación de los centros integrados de Telefonía Social -CITS-, (bajo el entendido que el contratista se obliga a seleccionar, adecuar, instalar, poner en funcionamiento, operar, mantener y administrar todos los sitios donde se implemente un CITS y asumir los costos que se deriven de ello), efectivamente está relacionado con el desarrollo del objeto social de ORBITEL S.A. E.S.P., que es la prestación del servicio de larga distancia nacional e internacional, y tiene como objeto dar cumplimiento a una obligación prevista en el Decreto 2542 de 1997.

Adicionalmente, la CRT considera que el incumplimiento del contrato para la operación de los Centros Integrados -CITS- puede acarrear como consecuencia directa la interrupción en la prestación del servicio público de TPBCLD por parte de ORBITEL S.A. E.S.P., teniendo en cuenta que dichos centros se construyen y operan en los municipios definidos por el Fondo de Comunicaciones, generando como consecuencia la imposibilidad de acceso a este servicio público ofrecido por ORBITEL S.A. E.S.P. a los habitantes de los municipios en los que se presta tal servicio.

Por lo anterior, en relación con el contrato en cuestión se cumplen las condiciones necesarias para que la CRT proceda a autorizar la inclusión de

cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, en desarrollo de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y la Resolución CRT 087 de 1997.

10.2 Contrato de mantenimiento de una red de fibra óptica.

De conformidad con lo manifestado por ORBITEL S.A. E.S.P., el objeto de este contrato consiste en realizar todo el mantenimiento preventivo y correctivo del cable de fibra óptica canalizado y aéreo de la red de fibra óptica ETB-ORBITEL en el eje cafetero que interconecta las ciudades de Manizales, Pereira y Armenia, al igual que el levantamiento geográfico de todo el recorrido del cable, así como el suministro de los materiales necesarios para el mantenimiento correctivo del mismo cable.

Atendiendo el objeto del contrato en cuestión, es clara su relación con el desarrollo del objeto social de ORBITEL S.A. E.S.P., que es la prestación del servicio público de larga distancia nacional e internacional, teniendo en cuenta que a través de esta red de fibra óptica se hace efectiva la prestación de su servicio de TPBCLD a los habitantes del eje cafetero y, sin lugar a dudas, para este propósito se requiere la provisión de un servicio con calidad y condiciones de continuidad y eficiencia.

No obstante, la CRT considera que el incumplimiento del contrato para el mantenimiento de la red de fibra óptica, no acarrearía como consecuencia directa la interrupción del servicio que presta ORBITEL S.A. E.S.P., en la medida en que la continuidad de la prestación del servicio de larga distancia, está directamente relacionado con la disponibilidad del sistema, la cual es una función que se encuentra afectada por los parámetros de tiempo medio entre fallas (MTBF) y Tiempo Medio de Referencia (MTTR), los cuales a su vez se encuentran relacionados con determinadas características, como es el caso del mantenimiento preventivo de los elementos, respecto del primer parámetro mencionado.

Es así como el establecimiento de las mejores condiciones de tales características, dan como resultado una alta probabilidad de que el sistema se encuentre en operación y con ello una alta disponibilidad del sistema que da como consecuencia una prestación ininterrumpida del servicio público, de tal manera que si en una de dichas características no se presentan condiciones óptimas de operación, esta situación puede ser subsanada por el mejoramiento de las condiciones de otra.

Así las cosas, si bien es cierto que el mantenimiento de un sistema influye en su disponibilidad, también es cierto que cuando éste no se presente, los efectos sobre la disponibilidad pueden ser eliminados usando varios caminos, de tal forma que no se evidencia el cumplimiento del segundo requisito para la inclusión de cláusulas exorbitantes en este contrato, pues, se reitera, su incumplimiento no conlleva como consecuencia directa la interrupción en la prestación del servicio de ORBITEL S.A. E.S.P. y, por ende, del servicio público de TPBCLD.

En virtud de lo expuesto, la CRT

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Autorizar a ORBITEL S.A. E.S.P. la inclusión de cláusulas exorbitantes en el contrato para la operación de los Centros Integrados de Telefonía Social -CITS-, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.

ARTICULO SEGUNDO: No autorizar a ORBITEL S.A. E.S.P. la inclusión de cláusulas exorbitantes en el contrato de mantenimiento de una red de fibra óptica en el eje cafetero, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución

ARTICULO TERCERO: Notificar personalmente la presente Resolución al Representante Legal de ORBITEL S.A. E.S.P. o a quien haga sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, advirtiéndoles que contra la misma procede el recurso de reposición, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 26 FEB. 2001

STJ 23-01-01

CLO/AMC


MARIA DEL ROSARIO SINTES ULLOA
Ministra de Comunicaciones


NESTOR HUGO ROA BUITRAGO
Director Ejecutivo