

COMISION DE REGULACION DE
TELECOMUNICACIONES

CRT

REPUBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 408 DEL 2001

Por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por ORBITEL S.A. E.S.P. contra la Resolución CRT 370 del 26 de febrero del 2001

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES

en ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 31 y 73.7 de la Ley 142 de 1994, y

CONSIDERANDO

Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, las Comisiones de Regulación pueden hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y pueden facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás.

Que conforme con lo establecido en el artículo 73.7 de la Ley 142 de 1994, le corresponde a la CRT decidir los recursos que se interpongan contra sus actos, o los de otras entidades, en los casos que disponga la Ley en lo que se refiere a materias de su competencia.

I. ANTECEDENTES

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.

La CRT, a través de la Resolución 370 del 26 de febrero del 2001, decidió 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- y, a su vez, no autorizar a esta empresa la inclusión de tales cláusulas en el contrato de mantenimiento de una red de fibra óptica en el eje cafetero, por las razones expuestas en la parte motiva de dicha Resolución.

ORBITEL S.A. E.S.P., mediante solicitud presentada el 11 de abril del 2001 por el doctor GUSTAVO GONZALEZ GOMEZ, en su calidad de apoderado especial, interpuso recurso de reposición contra la Resolución CRT 370 del 2001.

2. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

El recurrente solicita que la CRT modifique el artículo segundo de la Resolución citada y, por ende, autorice a ORBITEL S.A. E.S.P. la inclusión de cláusulas exorbitantes en el

N. 11.
over

contrato de mantenimiento de una red de fibra óptica en el eje cafetero, con base en las siguientes consideraciones:

- La Resolución indica que la continuidad en la prestación del servicio de TPBCLD está directamente relacionada con la disponibilidad del sistema, la cual está afectada por los parámetros de tiempo medio entre el MTBF y el MTTR de la fibra, lo cual debe ser aclarado en el sentido que el MTRH se refiere al tiempo medio de reparación y no al tiempo medio de referencia.
- Los parámetros indican el tiempo esperado en que en condiciones "ideales" el fabricante espera que su elemento "la fibra" no falle (MTBF), y que una vez ocurra el evento de falla, el tiempo medio en que una vez entregado a su representante en el país podría entregarlo nuevamente reparado (MTTR).
- Tales parámetros no tienen en cuenta las condiciones de atentados y fuerza mayor que son la labor principal de operación y mantenimiento de las redes interurbanas de radio y fibra del país, ni se tienen en cuenta en el tiempo medio de reparación, los tiempos que se requieren para traer del sitio el elemento averiado, ni de llevar al mismo el elemento reparado, que depende de las condiciones de orden público en la carretera y en el sitio de la avería.
- El MTBF, el MTTR y la disponibilidad real y práctica de una red de telecomunicaciones en Colombia depende más de las condiciones de seguridad del sitio y de sus desplazamientos, que de los parámetros que definen los fabricantes en sus condiciones ideales de laboratorio.
- La realidad demuestra que la operación y mantenimiento en nuestro país, no se rigen totalmente por dichos parámetros, ya que son inferiores frente a las fallas por atentados a las infraestructuras, que se resuelven con mantenimiento correctivo.
- Dentro de la ejecución de este tipo de contrato, es probable un incumplimiento del contratista, que se tomaría en una situación grave para ORBITEL cuando se trate de mantenimientos correctivos por actos delictivos, dada la situación de orden público, lo cual debe ser un elemento de análisis en la decisión de la autoridad pública.
- El argumento de la existencia de dobles rutas que impedirían la interrupción en la prestación del servicio de TPBCLD, en caso de incumplimiento del contrato, es parcialmente cierto, para lo cual se toma el caso del sistema interconectado eléctrico, el cual tiene la más amplia red en malla del país y su disponibilidad está siendo afectada por los múltiples atentados terroristas, de tal forma que la misma depende en gran medida de los mantenimientos correctivos que se realicen oportunamente.
- No obstante la existencia de una red con múltiples rutas, la disponibilidad de la prestación de un servicio público puede verse afectada por la falta de mantenimiento oportuno, dada la vulnerabilidad en que están las redes, resaltándose que la prestación del servicio de TPBCLD tiene una conexión directa con el caso expuesto, dado que son las mismas torres las que transportan el cable de fibra de la mayoría de los operadores de TPBCLD.

3. CONSIDERACIONES DE LA CRT

3.1. EN CUANTO A LA DISPONIBILIDAD DEL SISTEMA

La CRT considera que la posibilidad de incluir cláusulas exorbitantes en el contrato en cuestión, no constituye el mecanismo idóneo para garantizar la disponibilidad del sistema, teniendo en cuenta que existen otras alternativas que pueden ser implementadas por ORBITEL S.A. E.S.P. con tal propósito.

Si bien los parámetros Tiempo medio entre fallas y Tiempo medio de reparación de que trata la Resolución recurrida tienen relación con el tiempo que un determinado

M.A.
me

fabricante espera que su equipo no falle, así como el que le tomaría reparar el mismo, en caso de avería, es claro que la determinación de los parámetros citados no puede sujetarse de manera exclusiva a las decisiones que al respecto efectúe dicho fabricante.

En efecto, atendiendo la teoría sobre la disponibilidad de sistemas, el establecimiento de las mejores condiciones de las características relacionadas con los parámetros de tiempo medio entre fallas y tiempo medio de reparación, dan como resultado una alta probabilidad de que el sistema se encuentre en operación y con ello, una alta disponibilidad del sistema que conlleva a una prestación ininterrumpida del servicio público, de tal forma que si en una de dichas características (como el mantenimiento correctivo de los elementos) no se presentan condiciones óptimas de operación, esta situación puede ser subsanada por el mejoramiento de las condiciones de otra.

No obstante que el parámetro de tiempo medio de reparación se constituye en un factor que afecta la disponibilidad de un sistema, y que se encuentra relacionado con determinadas características que podrían verse afectadas por factores exógenos al contrato en sí mismo, ORBITEL S.A. E.S.P. debe tomar todas las medidas que sean necesarias tendientes a prevenir y corregir ese tipo de situaciones frente al servicio público en sí mismo, sin perjuicio de todos los mecanismos que puedan surgir como consecuencia de un eventual incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista.

Así, 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, por lo que no se evidencia la necesidad, manifestada por el recurrente, de la inclusión de las cláusulas excepcionales para garantizar la disponibilidad del servicio público a cargo de ORBITEL S.A. E.S.P.

3.2. EN CUANTO AL ORDEN PÚBLICO Y LAS MÚLTIPLES RUTAS

Como se indicó en la Resolución recurrida, las cláusulas exorbitantes otorgan prerrogativas de poder público, que incluso le permite a la administración, cuando se cumplan las condiciones previstas para ello, dar por terminado un determinado contrato, tal y como sucede con la aplicación de la cláusula de caducidad, la cual se constituye en la cláusula exorbitante por excelencia, frente a hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

Así, la facultad atribuida a la CRT en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, va orientada a conferir a las empresas de servicios públicos, por autorización general o por solicitud expresa según el tipo de contrato, dichas prerrogativas excepcionales con el objeto de dirigir un determinado proceso contractual a efectos de garantizar la prestación ininterrumpida del servicio público a cargo de la empresa de que se trate.

Es por esta razón que la autorización particular para la inclusión de cláusulas exorbitantes que profiere la CRT, se funda en el cumplimiento de condiciones de carácter objetivas, las cuales deben acreditarse de manera fehaciente por parte del solicitante, así:

- Que el objeto del contrato esté directamente relacionado con la prestación del servicio.
- Que el incumplimiento del contrato pueda acarrear como consecuencia directa la interrupción en la prestación del servicio.

Bajo este entendido, situaciones como las señaladas por el impugnante relativas a la posibilidad de alteraciones del orden público o a la falla de las múltiples rutas, son ajenas al incumplimiento del contratista y, por lo tanto, al cumplimiento de las

N.A. 4
me

condiciones establecidas en la regulación para que proceda la autorización de la inclusión de cláusulas exorbitantes en un determinado contrato.

Es por esto que ese tipo de situaciones no puede servir de argumento para acreditar el cumplimiento del segundo de los requisitos previamente citados, más si se trata, como se mencionó anteriormente, del desarrollo de una facultad legal mediante la cual una autoridad pública, en este caso la CRT, le concede poderes especiales a una empresa de servicios públicos en la ejecución de un determinado proceso contractual.

Lo anterior no implica que la CRT desconozca que la ejecución de los contratos, como los celebrados por las empresas de servicios públicos, no esté ajena a las eventualidades que puedan generarse con ocasión de hechos constitutivos de caso fortuito o de fuerza mayor, que de una u otra forma podrían afectar tanto a la entidad contratante como al contratista.

Sin embargo, la aplicación de las cláusulas exorbitantes frente a estos hechos de caso fortuito o fuerza mayor, iría en contra de la razón de ser de las mismas, es decir, de la posibilidad de forzar la ejecución del contrato o declarar el incumplimiento del contratista, particularmente respecto de la cláusula de caducidad, en la medida en que tales hechos se constituyen en factores eximentes de la responsabilidad por parte del contratista, por lo que situaciones como las planteadas por el recurrente, no harían posible la aplicación de dichos poderes especiales a cargo de la entidad contratante.

Por lo anterior, la CRT reitera que no se han desvirtuado las razones que tuvo para no autorizar la inclusión de cláusulas exorbitantes en el contrato en cuestión, a través de la Resolución CRT 370 del 2001.

En virtud de lo expuesto, la CRT

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Admitir el recurso de reposición interpuesto por ORBITEL S.A. E.S.P. contra la Resolución CRT 370 del 26 de febrero del 2001.

ARTICULO SEGUNDO: No acceder a la solicitud presentada por ORBITEL S.A. E.S.P. y, en su lugar, confirmar en su totalidad la Resolución CRT 370 del 26 de febrero del 2001, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución

ARTICULO TERCERO: Notificar personalmente la presente Resolución al doctor Gustavo González Gómez, apoderado especial de ORBITEL S.A. E.S.P. o a quien haga sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los


ANGELA MONTOYA HOLGUIN
Ministra de Comunicaciones


NESTOR HUGO ROA BUITRAGO
Director Ejecutivo

STJ 20-06-01
Rad. 301192
CLO.