

COMISION DE REGULACION DE
TELECOMUNICACIONES

CRT

REPUBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 512 DEL 2002

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por ETB S.A E.S.P. contra la Resolución CRT 484 DE 2002

CONSIDERANDO

Que mediante la Resolución 484 de 2002, la CRT negó la inclusión de cláusulas exorbitantes al contrato suscrito entre ETB. S.A. E.S.P. y XEROX de Colombia S.A, por considerar que si el contratista incumple las obligaciones del contrato, y se viera afectada la impresión, no llegaría a producirse la interrupción del servicio, dadas las razones expuestas en la parte motiva de la mencionada Resolución.

Que mediante escrito presentado el 18 de abril de 2002, la Doctora DIANA CECILIA GARZÓN GARCÍA apoderada de la Empresa ETB S.A E.S.P., en adelante ETB presentó recurso de reposición contra la Resolución CRT 484 del 2 de abril de 2002 por la cual se negó la inclusión de cláusulas exorbitantes en el contrato suscrito entre E.T.B. y XEROX de Colombia S.A, en adelante XEROX.

Que de conformidad con lo previsto en los artículos 113 de la ley 142 de 1994 y 52 del Código Contencioso Administrativo, el recurso cumple con los requisitos de ley, por lo que deberá admitirse y se procederá a su estudio.

I. PRELIMINAR

La declaratoria de caducidad se produce como consecuencia del incumplimiento del contratista en alguna o algunas de sus obligaciones contractuales, resultando afectado de manera directa y grave la ejecución del contrato, pudiendo llevarse a su paralización o poniendo en peligro la continuidad del servicio.

En este sentido, el Consejo de Estado, en sentencia ACU- 086 del 05-12-1997, establece en cuanto a la cláusula de caducidad que:

"La cláusula de caducidad, de acuerdo con los precisos términos del artículo 18 de la ley 80 de 1993, constituye una estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los 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, la entidad, por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

(...)

A lo anterior debe agregarse, que es la respectiva entidad contratante, en cada caso, la competente para decidir si de dan las condiciones objetivas de incumplimiento por parte del contratista, que de manera grave amenacen la continuidad del servicio. Porque, la figura de la caducidad contractual no sólo opera como medida sancionatoria para retribuir el incumplimiento del colaborador responsable. Su principal objetivo es propiciar el cumplimiento del objeto contractual dentro de la oportunidad prevista como plazo para el efecto(...)¹.

Como efectos de la mencionada declaratoria, encontramos en primer lugar la cesación del vínculo contractual entre las partes. En este sentido para el doctor GUILLERMO ALDANA D la cláusula de caducidad se define como la " facultad de que goza la administración contratante para darlos (los contratos) por concluidos en virtud de las causales expresamente previstas en la ley o en ellos mismos, sobrevinientes a su celebración."²

En segundo lugar y como consecuencia del anterior, la administración queda en libertad para escoger otro contratista que supla al incumplido y en tercer lugar si es el caso, puede imponer las sanciones pertinentes derivadas del incumplimiento, todo con miras a cumplir con los fines estatales³.

En este sentido y en el caso en estudio, aunque se haya declarado la cláusula de caducidad, la administración deberá realizar los trámites administrativos necesarios para la contratación de otra empresa que supla a la incumplida en sus obligaciones, lo que tomará un tiempo adicional mientras aquellos se surten, sin agilizar el proceso de contratación.

Adicionalmente, las empresas de servicios públicos domiciliarios de acuerdo con la ley 142 de 1994, cuentan con las herramientas del régimen privado, pues los actos y contratos que ellas celebren, salvo los casos que contemple la mencionada ley, estarán sujetos a éste régimen, lo que les permite mayor flexibilidad y rapidez en sus contrataciones.

En todo caso, antes de declarar la caducidad del contrato, la administración debe en primer término, instar al contratista para que cumpla con sus obligaciones y posteriormente escucharlo para que ejerza su derecho de defensa, pues se debe garantizar y respetar el debido proceso.

En este sentido la doctrina ha sostenido que " si el concesionario no cumple debidamente sus obligaciones, puede llegar a declararse la caducidad de la concesión. En cierta medida la caducidad a la condición resolutoria implícita del derecho civil, pero con un régimen jurídico de derecho público, adecuado a la naturaleza y peculiaridades del servicio público (...). Es una medida que debe usarse con gran prudencia, sólo cuando exista incumplimiento grave del concesionario, evidenciado real incapacidad para cumplir el servicio, y esté claramente comprobado. Por las mismas razones admítase que la caducidad debe estar precedida de una notificación o intimación al concesionario, para que en un plazo razonable cese el incumplimiento. Para que pueda declararse la caducidad no se requiere estipulación expresa en la concesión siendo una potestad administrativa de principio. Además son nulas las cláusulas que excluyan la posibilidad de declararla"⁴ (Subrayado fuera de texto)

Por todo lo anterior, resulta claro que la declaratoria de caducidad se produce como un efecto del incumplimiento del contratista, luego el hecho de incluirse, no evita que éste pueda llegar a incumplir con sus obligaciones.

¹ Consejo de Estado, en sentencia ACU- 086 del 05-12-1997

² ALDANA D. HERNÁN GUILLERMO, " La cláusula de caducidad en los contratos administrativos y su control en Derecho Colombiano", en Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1979, pág. 223.

³ Para PEDRO LAMPERA la caducidad administrativa es la estipulación mediante la cual se otorga a los entes públicos la facultad de dar por terminado un contrato cuando a juicio de los mismos, el contratante ha incurrido en una de las causales de incumplimiento de lo convenido, pactada como generadora de sanción' LAMPERA PEDRO, Contratos administrativos, tratado teórico y práctico, Fondo de Cultura Jurídica, 1979, pág. 173

⁴ LASO SAYAGUES, en SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación Administrativa. Librería del Profesional, 1994, págs 216 y 217.

Hechas las anteriores aclaraciones, se pasará a refutar los argumentos del recurrente

2. ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE Y CONSIDERACIONES DE LA CRT

2.1 Manifiesta la E.T.B. que ante un eventual incumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad Xerox de Colombia S.A se producirán dos efectos: el primero producirá de manera inmediata la suspensión parcial del servicio, consistente en el no envío de la factura; el segundo de manera mediata y teniendo en cuenta que el hecho de no recibir oportunamente el pago de las facturas como contraprestación a que tiene derecho E.T.B. por la prestación del servicio de TPBC, acarrearía como consecuencia la posible interrupción total del mismo.

En este sentido, ante un eventual incumplimiento, se afectará la facturación, incidiendo negativamente sobre las condiciones de operación de ETB quien necesita recuperar los costos en los que ha incurrido por la prestación del servicio de TPBC, afectándose además su obligación de garantizar a los usuarios la prestación eficiente, continua e ininterrumpida del servicio a su cargo y el deber legal de recaudar contribuciones y aplicar o trasladar los subsidios en los términos de ley.

Consideraciones de la CRT

Considera la CRT que el incumplimiento del contrato por parte de Xerox de Colombia S.A., no tendría la potencialidad de generar la interrupción en la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada, como lo exige el artículo 2.26 de la Resolución 087 de 1997, ya que si llegara a ocurrir, como máximo podrían presentarse demoras en la entrega de la factura, mas no la interrupción del servicio como tal, pues la empresa de servicios públicos realiza la prestación de los servicios públicos de manera autónoma e independientemente del contrato celebrado con Xerox de Colombia S.A para la impresión, doblado y entrega de las facturas, pudiendo además el operador, utilizar para resolver transitoriamente el problema, otras posibilidades como las expuestas en la resolución recurrida.

La CRT insiste en que el operador debe estar en capacidad del tener un respaldo operativo en caso de fallar la impresión, por lo que debe definir con antelación los procedimientos de almacenamiento temporal y transferencia así como las previsiones para salvaguardar la información en caso de fallas en el medio de transmisión.

Adicionalmente, es necesario precisar que la liquidación de los subsidios es trimestral, tal y como lo establece el decreto 2375 de 1996 modificado por decreto 3090 de 1997, por lo que la empresa podrá resolver la situación antes de efectuar la mencionada liquidación.

2.2. La recurrente señala en su argumento, que la jurisdicción colombiana ha concluido en cuanto al carácter de "oportunidad" de las facturas, que el usuario no estará obligado al pago, si la empresa no envía la factura o cuenta de cobro en forma oportuna (por lo menos con 5 días de antelación a la fecha de pago oportuno señalado en la cuenta).

Así mismo considera, que la E.T.B. está imposibilitada para intentar cualquier acción ejecutiva, pues el conocimiento de la factura por parte del suscriptor o usuario es un requisito de procedibilidad para intentarla, el cual se presume de derecho cuando la empresa demuestre haber cumplido con las obligaciones de hacerla conocer al suscriptor o usuario en forma tiempo, sitio u modo previstos en el contrato de condiciones uniformes.

Consideraciones de la CRT

Frente a lo planteado por la recurrente, es necesario precisar que la empresa siempre podrá informar del problema a sus usuarios a través de medios masivos de comunicación, con el fin de alertarlos sobre la situación y conminarlos a realizar los pagos del período dejado de facturar a través de las ventanillas u obteniendo la información vía telefónica.

Adicionalmente, la empresa deberá propender por resolver la situación en el período siguiente al dejado de facturar, o en todo caso, contará hasta con 5 meses para hacerlo, conforme al artículo 150 de la ley 142 de 1994.

De hecho, si se tiene en cuenta que al suscriptor y/o usuario se le ha informado del problema así como indicado el lugar y la forma para realizar el pago, debe entenderse que se encuentra obligado a atender el pago de sus obligaciones derivadas de la prestación del servicio aún cuando la cuenta de cobro no se reciba.

Cuando la mencionada cuenta no se reciba, se pierda o extravíe, el suscriptor debe solicitar un duplicado, ya que como lo menciona el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, en sentencia de junio de 1994, " el hecho de no recibir la cuenta de cobro no libera al suscriptor y/o usuario de la obligación de atender su pago salvo que la empresa no haya efectuado la facturación en forma oportuna o no haya enviado las cuentas de cobro oportunamente al suscriptor".

Aunque es cierto que la E.T.B. se encuentra imposibilitada para iniciar cualquier acción ejecutiva, pues el conocimiento de la factura por parte del suscriptor o usuario es un requisito de procedibilidad para intentarla, también lo es que la situación excepcional de demora en la expedición de las facturas, no puede suspenderse en el tiempo indefinidamente, pues es obligación de la empresa resolver la situación lo antes posible para hacer uso de la mencionada acción para lo cual cuenta hasta con 5 meses como se dijo anteriormente.

2.3. Adicionalmente la recurrente que la ETB, ante la omisión de generar las facturas y recibir el pago en un solo mes o período de facturación podría acarrear inminentes dificultades financieras a la empresa, así como generar un incumplimiento no solo con sus proveedores, sino de otros operadores de servicios públicos, en virtud de los múltiples convenios de interconexión, que comprenden también el deber para la ETB de facturar y recaudar servicios de terceros operadores.

Afirma la recurrente que aunque es cierto que es deber de los operadores de TPBC especificar la forma de duplicación de la información registrada por los casos de fallas, por motivos de seguridad definiendo los procedimientos de almacenamiento temporal y transferencia, así como las previsiones para salvaguardar la información en impresión y aunque existan otras alternativas como la entrega de información por vía telefónica en las oficinas de atención al cliente entre otras, no es menos cierto que en la práctica la aplicación de esas alternativas nunca podrá realizarse de manera oportuna debido a los controles internos en materia de contratación así como requisitos presupuestales etc, impidiendo la aplicación de tales alternativas de manera eficiente.

Consideraciones de la CRT

Frente al argumento presentado por la recurrente, es necesario precisar que el hecho de incluir o no las cláusulas exorbitantes en el contrato suscrito entre E.T.B y Xerox de Colombia S.A., y puntualmente la de caducidad, en cualquier caso ante un eventual incumplimiento del contratista, se presentarán posibles demoras en el proceso de facturación pero, como se ha venido manifestado, la empresa cuenta con otras medidas para solucionar el problema, y lo que es aún mas importante, tiene en su poder la

información necesaria para ser entregada a otra empresa que supla al incumplido en sus obligaciones.

Teniendo en cuenta la finalidad de la cláusula de caducidad como lo ha hecho la jurisprudencia y doctrina transcrita en el primer punto de la presente Resolución, resulta claro, que el poder incluir la mencionada cláusula en el contrato suscrito por Xerox de Colombia S.A y E.T.B. en nada agiliza los trámites administrativos para la contratación de otra empresa que supla a la incumplida en sus obligaciones, es decir que de una u otra manera, la E.T.B. deberá realizar todos los trámites y controles internos para la contratación de la empresa que se encargue de suplir al contratista en el proceso de impresión terminado y entrega de la facturación.

Es mas, como lo explicó la doctrina mencionada, la cláusula de caducidad " (...) es una medida que debe usarse con gran prudencia, sólo cuando exista incumplimiento grave del concesionario, evidenciado real incapacidad para cumplir el servicio, y esté claramente comprobado. Por las mismas razones admítase que la caducidad debe estar precedida de una notificación o intimación al concesionario, para que en un plazo razonable cese el incumplimiento".⁵ (subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, es necesario recordar que de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentran sujetas al régimen de derecho privado en cuanto a los actos y contratos que celebren, salvo los casos que contemple la mencionada ley, por lo que las empresas contarán con las herramientas del derecho privado en cuanto a sus contrataciones, enmarcándose dentro de la filosofía comercial que pretende introducir la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.

2.4. Finalmente la recurrente considera que en caso de incumplimiento de Xerox de Colombia S.A., se producirá como consecuencia directa el incumplimiento de la ETB de sus obligaciones legales y contractuales frente a los usuarios, así como podrá llegar a configurarse lo establecido por el artículo 150 de la ley 142 de 1994, en cuanto a los cobros inoportunos, en donde "al cabo de 5 meses de haber entregado las facturas, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no se facturaron por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario".

Consideraciones de la CRT

Frente al anterior argumento de la recurrente, es necesario tener en cuenta que aunque el operador no haya efectuado la facturación o enviado la factura con suficiente antelación, y en este caso concreto como consecuencia de un posible incumplimiento de Xerox de Colombia S.A., no obsta para que pueda realizar el cobro del período o períodos dejados de facturar, pues cuenta con 5 meses para resolver la situación. Ahora bien, si la empresa asume que el problema en el proceso de facturación no puede solucionarse en esos 5 meses, lo cual no parece lógico, estaría magnificando la situación y mal podría llegar a la conclusión que la empresa se quebraría, que el servicio se interrumpiría, y que el usuario resultase responsable.

Adicionalmente, frente a esta situación excepcional, los usuarios no se verán desprotegidos en sus derechos derivados de la ley y la regulación, pues es obligación del operador resolver tal situación en el menor tiempo posible, por lo que debe estar preparado ante tal eventualidad para garantizarle a los suscriptores y usuarios el conocimiento de sus consumos, en el período dejado de facturar, bien sea por una vía alternativa a la factura o por la contratación de otra empresa que supla a la incumplida.

Por lo anterior, la CRT no encuentra demostrado que se interrumpa de manera directa la prestación del servicio de TPBC por el hecho de incumplir el contratista con sus obligaciones de imprimir, terminar y entregar en las instalaciones de Adpostal y /o en el lugar que indique la ETB.

⁵ SAYAGUES LASO, en SOLANO SIERRA, Jalro Enrique. Contratación Administrativa. Librería del Profesional, 1994, págs 216 y 217.

Que el Comité de Expertos, tal y como consta en el acta 307 del 29 de mayo de 2002 aprobó la expedición de la presente Resolución por lo que,

RESUELVE

Artículo Primero. Admitir el recurso de reposición contra la Resolución CRT 484 de 2002 del 2 de abril de 2002, presentado por la apoderada de la E.T.B. S.A. E.S.P.

Artículo Segundo. No acceder a las pretensiones de la recurrente y en su lugar confirmar en todas sus partes la Resolución CRT 484 del 2 de abril de 2002, por las razones expuestas en los considerandos de la presente Resolución.

Artículo Tercero. Notificar personalmente la presente Resolución al Representante Legal o a quienes hagan sus veces, haciéndole saber que contra la misma no procede recurso alguno, por encontrarse agotada la vía gubernativa.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los 13 JUN. 2002



CARLOS EDUARDO BALEN Y VALENZUELA
Director Ejecutivo

DVM
DVM

Rad. 301228