



RESOLUCIÓN No. SSPD - 20144010024835 DEL 14/07/2014

POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO,

en ejercicio de las atribuciones conferidas en el parágrafo del artículo 4° de la Ley 1176 de 2007 y en el artículo 8° del Decreto 1040 de 2012 y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD), de conformidad con lo previsto en el Parágrafo del artículo 4° de la Ley 1176 de 2007, mediante la cual *"se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"*, es la entidad competente para adelantar el proceso de certificación relacionado con la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones o de retirarla, según sea el caso, a los distritos y municipios para asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico.

Que el artículo 8° del Decreto 1040 de 2012, por medio del cual se reglamentó la Ley 1176 de 2007, estableció que *"La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios adelantará el proceso de certificación de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 1176 de 2007. Para estos efectos, verificará que los municipios y distritos hayan dado cumplimiento a los requisitos que se establecen en el artículo 9 del presente decreto y 10 para el caso de los prestadores directos de alguno de los servicios de acueducto, alcantarillado y/o aseo, en el año calendario inmediatamente anterior."*

Que la Superintendente de Servicios Públicos, mediante Resolución No. SSPD 20111300032265, del 21 de octubre de 2011 delegó en el Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, entre otras funciones, la de expedir los actos administrativos mediante los cuales se decida sobre la certificación de municipios relacionada con la administración de los recursos del SGP-APSB a que se refiere el parágrafo del artículo 4° de la Ley 1176 de 2007, en concordancia con los decretos 1040 de 2012 y 1639 de 2013; resolver los recursos que contra ellos se presenten y en general la de ejercer todas las actuaciones previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.), para adelantar los procedimientos administrativos.

Que el municipio de GUACHUCAL, del departamento de NARIÑO, es de categoría 6 y como prestador directo de disposición final del servicio de aseo a 31 de diciembre de 2012, para obtener la certificación relacionada con la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones para agua potable y saneamiento básico, debía acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 3° y 5° del Decreto 1639 de 2013.

II. DE LA RESOLUCIÓN DE DESCERTIFICACIÓN

Que mediante Resolución No. SSPD 20144010012435, del 24 de abril de 2014, la SSPD decidió DESCERTIFICAR al municipio de GUACHUCAL, departamento de NARIÑO, por no haber cumplido los siguientes criterios previstos en el artículo 5° del Decreto 1639 de 2013:

a) Reporte al SUI del agotamiento del procedimiento previsto en el artículo 6° de la Ley 142 de 1994 mediante:

1. Invitación pública dirigida a empresas de servicios públicos para que presenten ofertas para la prestación de los servicios públicos (numeral 6.1) y a otros municipios, al Departamento, a la Nación y otras personas públicas o privadas, para organizar una empresa de servicios públicos (numeral 6.2).



2. Documento en que conste que se realizó la publicación de las invitaciones establecidas en los numerales 6.1 y 6.2 del artículo 6° de la Ley 142 de 1994.

3. Certificación en la que conste que no hubo empresas de servicios públicos o personas públicas o privadas interesadas en la prestación de los servicios ni en la organización de una empresa de servicios públicos en el municipio.

b) Reporte al SUI del formato Acto de Aprobación de Tarifas, expedido antes de la fecha máxima de cargue para la certificación de la respectiva vigencia, según los servicios prestados, de conformidad con la normatividad expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios relacionada con el cargue de información al sistema.

c) Cumplimiento del 30% de la obligación de reportar tarifas aplicadas y la facturación al SUI.

2.1 Notificación de la Resolución No. SSPD 20144010012435 del 24 de abril de 2014

Para efectos de notificar la Resolución No. SSPD 20144010012435, del 24 de abril de 2014, se envió citación al señor alcalde del municipio de GUACHUCAL, del departamento de NARIÑO, mediante el oficio No. SSPD 20144010217181, del 24 de abril de 2014, enviado por correo certificado el 30 de abril de 2014, advirtiéndole que en caso de no comparecer personalmente, se notificaría la decisión mediante aviso conforme lo dispone el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011.

Transcurrido el término para que el representante legal del ente territorial compareciera a notificarse personalmente del contenido de la Resolución No. SSPD 20144010012435, sin que ello ocurriera, se procedió a enviar el respectivo aviso de notificación mediante el oficio No. SSPD 20144010243311. De acuerdo a la información remitida por la empresa SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. éste documento fue entregado el 9 de mayo de 2014 en la Alcaldía Municipal, por lo tanto y de conformidad con el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, la notificación se considera surtida al día siguiente de su entrega en el lugar de destino.

Ahora bien, el señor JOSÉ LIBARDO BENAVIDES TAPIA, en su calidad de alcalde del municipio de GUACHUCAL, del departamento de NARIÑO, mediante documento radicado en esta entidad bajo el número SSPD 20145290278562, del 28 de mayo de 2014, presentó recurso de reposición contra la Resolución No. SSPD 20144010012435.

III. DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

3.1 Verificación de los requisitos de forma

El artículo 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que, para efectos de ser admitidos y resueltos, los recursos de reposición deben interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido, sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad e indicar el nombre y la dirección del recurrente.

De conformidad con lo anterior, revisado el escrito de reposición se observa que este fue presentado por el alcalde del municipio de GUACHUCAL, del departamento de NARIÑO, quien de conformidad con el artículo 314 de la C.P. es considerado el representante legal y por lo tanto era el funcionario competente para interponerlo, además se confirma que fue presentado dentro del término legal, que en él se sustentan de forma concreta los motivos de inconformidad y se indicó la dirección para efectos de recibir notificaciones.

Según lo expuesto, el escrito radicado con el No. SSPD 20145290278562, reúne los requisitos exigidos por el Artículo 77 del C.P.A.C.A, por lo tanto, se procederá a efectuar el análisis de fondo del recurso.

3.2 Argumentos del recurrente

Como argumentos del recurso, se alegaron los siguientes por parte del alcalde municipal:

“”

3.3. De las pruebas relacionadas en el recurso.

Con el documento radicado con el No. SSPD 20145290278562, del 28 de mayo de 2014, por medio del cual se sustentó el recurso de reposición, se allegaron las siguientes pruebas:

3.3.1. Copia del Acuerdo No. 18, del 31 de mayo de 1999, por el cual se creó la Empresa Municipal de Servicios Públicos de Guachucal-Nariño, EMPAGUA E.S.P.

- 3.3.2. Copia de la Resolución No. 14, del 23 de febrero 23 de 1999, por medio de la cual se inscribe y reconocen los vocales de control de los servicios acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y telefonía urbana del municipio de Guachucal-Nariño.
- 3.3.3. Copia del acta de asamblea constitutiva del Comité de Desarrollo y Control Social del municipio de Guachucal – Nariño.
- 3.3.4. Copia del imprimible del Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos (RUPS), No. 201371296286249, del 30 de julio de 2013.
- 3.3.5. Contrato de suministro para la adecuación y el mejoramiento de la planta de compostaje No. IP 1109, del 15 de noviembre de 2012.
- 3.3.6. Contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión para desarrollar actividades de mantenimiento, adecuación y funcionalidad del relleno sanitario y de la planta de compostaje Nos. PS 1044-2012 y 7006-2012, del 11 de octubre de 2012 y 10 de julio de 2012, respectivamente.
- 3.3.7. Detalle de ingresos de acueducto, alcantarillado y aseo de la empresa EMPAGUA E.S.P.
- 3.3.8. Facturas expedidas por la empresa EMPAGUA E.S.P. Nos. 58133, 57844, 58002, 57281, 58126, 57702, correspondientes al periodo del 1 de febrero al 29 de febrero de 2012.

Los anteriores documentos, en su valor integral, se anexan al expediente.

IV. ANÁLISIS DE FONDO

Para determinar si le asiste razón a la parte recurrente, esta superintendencia procederá a analizar los argumentos expuestos en el escrito de reposición, lo cual efectuará de la siguiente manera:

4.1. Argumentos expuestos sobre la calidad de no prestador directo del municipio.

Al respecto, el recurrente señala que el municipio brinda apoyo a la empresa EMPAGUA E.S.P. Con personal para las actividades de disposición final del relleno sanitario, tal como se puede corroborar con las facturas expedidas por dicha empresa para el cobro del servicio de aseo y los contratos de suministro y prestación de servicios que allega con el recurso.

Para determinar la calidad de prestador directo o no de un municipio esta superintendencia atendió lo establecido en el artículo 6° del Decreto 1639 de 2013, así: *“Para efectos del procedimiento de certificación se tendrá en cuenta la condición de prestador directo o no de los servicios de acueducto, alcantarillado y/o aseo que ostente el municipio o distrito al 31 de diciembre de la vigencia a certificar, según la clasificación del Registro Único de Prestadores de Servicios - RUPS, registrado en el SUI.”*

En cumplimiento de lo anterior, se revisó el RUPS, y se estableció que para el 31 de diciembre de 2012, EN el municipio de GUACHUCAL, no había registrado un operador encargado de la actividad de disposición final del servicio de aseo, tal como lo se muestra a continuación:

Razón social	Servicios prestados	Actividades	Fecha de inicio de la actividad	Operador especializado	Prestador operador
EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GUACHUCAL	ACUEDUCTO	ALMACENAMIENTO	31/05/99	NO	SI
EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GUACHUCAL	ACUEDUCTO	CAPTACIÓN	31/05/99	NO	SI
EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GUACHUCAL	ACUEDUCTO	COMERCIALIZACIÓN	31/05/99	NO	SI
EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GUACHUCAL	ACUEDUCTO	CONDUCCIÓN	31/05/99	NO	SI
EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GUACHUCAL	ACUEDUCTO	DISTRIBUCIÓN	31/05/99	NO	SI

EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GUACHUCAL	ACUEDUCTO	TRATAMIENTO	31/05/99	NO	SI
EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GUACHUCAL	ALCANTARILLADO	COMERCIALIZACIÓN	31/05/99	NO	SI
EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GUACHUCAL	ALCANTARILLADO	CONDUCCIÓN	31/05/99	NO	SI
EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GUACHUCAL	ALCANTARILLADO	DISPOSICIÓN FINAL	31/05/99	NO	SI
EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GUACHUCAL	ALCANTARILLADO	RECOLECCIÓN	31/05/99	NO	SI
EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GUACHUCAL	ASEO	BARRIDO Y LIMPIEZA ÁREAS PUBLICAS	31/05/99	NO	SI
EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GUACHUCAL	ASEO	CORTE Y PODA DE ZONAS VERDES	31/05/99	NO	SI
EMPRESA METROPOLITANA DE ASEO DE PASTO S.A. E.S.P.	ASEO	DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS	03/07/13	SI	NO
EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GUACHUCAL	ASEO	RECOLECCIÓN	31/05/99	NO	SI
EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GUACHUCAL	ASEO	TRANSPORTE	31/05/99	NO	SI

En consecuencia, y con el fin de determinar quién fue el prestador de la actividad de disposición final en mención, se decretó un período probatorio, con el Auto No. SSPD 20134010021166, del 23 de octubre de 2013 y aclarar si el municipio de GUACHUCAL, ostentaba la prestación directa del servicio de aseo o no, al 31 de diciembre de 2012. En respuesta de lo anterior, el alcalde municipal y el gerente de la empresa EMPAGUA E.S.P. allegaron los siguientes documentos radicados en esta entidad con los Nos. SSPD 20135290602622, del 10 de noviembre de 2013, y 20138500127282, del 29 de noviembre de 2013 y 20135290604342, del 21 de noviembre de 2013, informando que el municipio de GUACHUCAL en el 2012, tenía a cargo la prestación de la disposición final del servicio de aseo. Por ésta razón, se consideró al municipio como prestador directo para el proceso objeto de estudio en este acto administrativo, desvirtuando así, la afirmación del recurrente en el sentido de señalar que por un error de interpretación, esta superintendencia consideró al municipio como operador del relleno sanitario y prestador del servicio de aseo.

Adicionalmente, se advirtió que a la empresa EMPAGUA E.S.P., ésta superintendencia le ha rechazado todos los trámites que ha adelantado ante el RUPS, entre otros motivos, por que en dicho registro no se encontraba un prestador encargado de la prestación de la actividad de disposición final, en mención. Así mismo, se encontró que frente a un requerimiento realizado por esta superintendencia sobre la disposición final de residuos sólidos para los años 2012 y 2013, el gerente de la empresa EMPAGUA E.S.P., mediante el documento radicado en esta entidad con el No. 20145290007972, del 10 de enero de 2014, informó que:

La empresa de servicios públicos que represento no tiene a su cargo el manejo del sitio de disposición final de residuos sólidos, toda vez que el relleno sanitario y la planta productora de abono orgánico son manejados y operados por la administración municipal quienes son los competentes para que brinden la información, por lo cual solicito deshabilitar aquellos formatos y formularios establecidos en la resolución Compilatoria SSPD No.20101300048765 del 14 de diciembre de 2010.

Y allegó entre otros documentos, la siguiente certificación:

	ALCALDIA MUNICIPAL DE GUACHUCAL. NIT: 800015689-1	
EL SUSCRITO ALCALDE MUNICIPAL DE GUACHUCAL NARIÑO		
H A C E C O N S T A R :		
<p>Que en el Municipio de Guachucal tiene a su cargo el manejo y disposición final de residuos sólidos, que se generan en el Municipio de Guachucal, los cuales en la actualidad se están depositando de manera técnica y adecuada en el Relleno Sanitario ANTANAS de la ciudad de Pasto, Empresa Metropolitana de Aseo EMAS ESP</p>		
<p>Dada en el Despacho de la Alcaldía Municipal de Guachucal a los diez (10) días del mes de Octubre de dos mil trece (2013)</p>		
 JOSE LIBARDO BENAVIDES TAPIA Alcalde Municipal		

La anterior información coincide con la que nos señaló, tanto el alcalde municipal como el gerente de la empresa EMPAGUA E.S.P., en respuesta al Auto de Pruebas, expedido por esta entidad, para aclarar la calidad de prestador directo del municipio de GUACHUCAL.

Ahora bien, revisando los documentos aportados por el recurrente con los cuales soporta la afirmación de no ser prestador directo de la actividad de disposición final de aseo, al 31 de diciembre de 2012, y que allegó también en respuesta al auto de pruebas en mención, este despacho considera necesario hacer unas aclaraciones, sobre los siguientes puntos:

- Apoyo brindado por el municipio de GUACHUCAL, a la empresa EMPAGUA E.S.P., con la contratación de personal que atienda la actividad de disposición final de aseo:

En primer lugar, es necesario hacer referencia a la definición de la actividad complementaria de disposición final del servicio de aseo, que señala el Reglamento Técnico del Sector – RAS, así: *“Disposición final de residuos: Proceso de aislar y confinar los residuos sólidos en forma definitiva, efectuado por las personas prestadoras de servicios, disponiéndolos en lugares especialmente diseñados para recibirlos y eliminarlos, obviando su contaminación y favoreciendo la transformación biológica de los materiales fermentables, de modo que no representen daños o riesgos a la salud humana y al medio ambiente.”*

Aunado a lo anterior, se trae a colación lo señalado en el artículo 2° del Decreto 2981 de 2013, así: *“Persona prestadora del servicio público de aseo: Es aquella encargada de una o varias actividades de la prestación del servicio público de aseo, en los términos del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 y demás que la modifiquen o complementen.”*

Ahora bien, revisados los contratos de prestación de servicios allegados por el recurrente, se encontró que fueron suscritos por el municipio, como responsable de la planta de compostaje y del relleno sanitario, a tal conclusión se llega, cuando la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló, con el documento radicado con el No. 1693 de 2005, respecto de los contratos de prestación de servicios que, son los que suscriben las entidades con terceros para el cumplimiento de las funciones a su cargo, así:

“Si bien una interpretación preliminar del numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 permitiría concluir que es posible la celebración de este contrato para la ejecución de cualquier objeto que tenga relación con la administración o funcionamiento del organismo, lo cierto es que el contenido obligatorio se circunscribe a una prestación de hacer, esto es, la realización de actividades o el despliegue de alguna acción o conducta.”

Así, dentro de esta modalidad de prestación que delimita el objeto del contrato, las entidades pueden desarrollar una amplia gama de actividades relacionadas con su administración o con el funcionamiento de la entidad, esto es, labores afines o inherentes a los objetivos misionales de la entidad estatal, de manera que puedan contar con el concurso de terceros para facilitar o apoyar a la entidad en el cumplimiento de sus funciones públicas o administrativas. Al respecto esta Sala ha sostenido:

"La finalidad de este contrato no es el cumplimiento propiamente dicho de las funciones administrativas o públicas a cargo de la entidad contratante, sino valerse de **un apoyo o colaboración en su cumplimiento** (...) (consultas 921 y 951)."¹

Ahora bien, desde esta perspectiva las tareas de apoyo a la gestión de la entidad, en la medida en que comprendan actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad, el cumplimiento de sus funciones y el logro de sus fines, bien pueden ser el objeto de un contrato de prestación de servicios, pues de sus elementos definitorios se desprende tal función del contrato. En otros términos, es de la esencia de este contrato servir de instrumento de apoyo o colaboración para que la entidad cumpla sus funciones, obteniendo en su beneficio el desarrollo de actividades que tengan un nexo causal claro o correlación con las tareas que tiene asignadas la entidad. (...)” Subrayado fuera de texto

Por ello, si el municipio de GUACHUCAL apoyara a la empresa EMPAGUA E.S.P. con personal para adelantar la actividad de disposición final de residuos sólidos, sería dicha empresa la entidad contratante, tanto del contrato de suministro como de los contratos de prestación de servicios, y no el municipio. Así las cosas, se evidencia que el municipio de GUACHUCAL, al tener a su cargo la actividad de disposición final de residuos sólidos, realizó acciones tendientes a llevar a cabo dicha función, contratando los servicios de personas naturales.

No obstante lo anterior, respecto a la contratación que adelantó el municipio de GUACHUCAL para la prestación de la actividad de disposición final de residuos sólidos del servicio de aseo, con personas naturales, es preciso señalar las consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica de esta entidad realizadas en el Concepto No. SSPD-OJ-2010-449, así:

"De lo anterior, que sea jurídicamente posible que los servicios o actividades que venía realizando una empresa de servicios públicos pasen a ser prestados por otra empresa por virtud de la celebración de un contrato, aún de manera temporal, siempre que la empresa contratada esté constituida bajo la modalidad jurídica prevista en el artículo 17 de la ley 142 de 1994, en razón a que sólo las empresas de servicios públicos organizadas conforme lo señala la Ley 142 de 1994, pueden prestar los servicios públicos a que ésta se refiere."

"(...) es necesario resaltar que en el régimen legal aplicable a los servicios públicos domiciliarios, no se ha establecido ninguna limitación para que las empresas de servicios públicos contraten con terceros la realización de ciertas actividades. Así pues, por ejemplo, las empresas de servicios públicos pueden contratar la realización de determinada actividad administrativa con cualquier persona natural o jurídica que tenga la idoneidad para realizar esa labor, sin que la misma tenga que ser necesariamente una empresa de servicios públicos.

Sin embargo, cuando manifestamos que ciertas actividades pueden ser contratadas con terceros que no necesariamente deben ser empresas de servicios públicos, realmente nos estamos refiriendo a aquellas actividades que no constituyan el objeto principal de las empresas de servicios públicos domiciliarios, ni de aquellas que se encuentren definidas como actividades complementarias de dichos servicios.

En otras palabras, no se pueden contratar actividades que constituyan el objeto principal de las empresas de servicios públicos domiciliarios o que se encuentren definidas como actividades complementarias de dichos servicios, con empresas que no estén constituidas como "servicio públicos" – en los términos de los artículos 15 y 17 de la ley 142 de 1994 –, toda vez que sólo prestadores de servicios públicos pueden tener a su cargo la prestación de ese tipo de actividades.

¹ Radicación No 1299 de 2000. Allí también se lee: "El contrato de prestación de servicios, se describe como el celebrado por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, pueden serlo con personas naturales cuando no es posible realizar dichas actividades con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. En ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales (art. 32.3). Las responsabilidades frente a terceros recaen sobre el contratante quien obtiene de su contratista la ejecución de una o varias tareas que se cumplen por cuenta y riesgo del contratante ya que aquél se limita a realizar la tarea mediante un pago o remuneración, sin importar el resultado de la operación, negocio o asunto."

Sobra recordar, que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 y demás normativa concordante con dicha norma legal, la actividad de disposición final de residuos sólidos es un componente esencial del servicio público domiciliario de aseo, razón por la cual, se deduce con claridad que la contratación de dicho componente del servicio público domiciliarios de aseo, sólo sería posible frente a una empresa de servicios públicos domiciliarios constituida para tal fin."

- Facturación del servicio de aseo realizada por la empresa EMPAGUA E.S.P.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, la empresa EMPAGUA E.S.P. señaló en el RUPS, que opera las actividades de barrido y limpieza de áreas públicas, corte y poda de zonas verdes, recolección y transporte del servicio de aseo, por ello, es lógico que realice la facturación conjunta² de la prestación del servicio de aseo, y esto no lo hace prestador de la actividad de disposición final del servicio de aseo, sino responsable de la actividad de comercialización del mismo, tal como lo define la Resolución compilatoria No. SSPD 20101300048765, de 2010, así: "COMERCIALIZACIÓN: Es la actividad realizada por las personas prestadoras del servicio de aseo que se relacionan directamente con el usuario final a través de un contrato de condiciones uniformes, la cual involucra los procesos de facturación, atención al usuario, realización de campañas informativas a los suscriptores, independientemente de que la facturación se realice a través de un contrato de facturación conjunta."

Dado que en el municipio de GUCACHUCAL, existen dos prestadores del servicio público de aseo, el Contrato de Condiciones Uniformes lo suscribió la empresa EMPAGUA E.S.P. con los usuarios, tal como se observó en los documentos remitidos por el prestador en respuesta al Auto de Pruebas arriba mencionado, en este sentido la Oficina Asesora Jurídica de esta superintendencia señaló en el Concepto No. 361 de 2012 que:

"(...) un contrato de condiciones uniformes referido al servicio de aseo, debe contener necesariamente tanto las actividades principales como las complementarias, sin que sea posible escindir el contrato para desarrollar sólo una parte del mismo, como parece inferirse de su consulta.

Lo dicho anteriormente, se confirma con lo dispuesto en la Resolución CRA 376 de 2006 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, por medio de la cual se modifica el modelo de condiciones uniformes del contrato para la prestación del servicio público domiciliario de aseo, contenido en el Anexo 9 de la Resolución CRA 151 de 2001 y se dictan otras disposiciones sobre el particular. En dicha resolución que establece el modelo general de contrato de condiciones uniformes de aseo, se señala lo siguiente:

*Artículo 1°. El anexo 9 de la Resolución CRA 151 de 2001, quedará así:
Clausulado del modelo de condiciones uniformes del contrato para la prestación del servicio público domiciliario de aseo*

CAPITULO I

Disposiciones generales

Cláusula 1. Objeto. El Contrato tiene por objeto que _____ (indicar el nombre de la persona prestadora), en adelante la persona prestadora, preste el SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO, en favor del suscriptor y/o usuario, en un inmueble _____ (determinar si es rural o urbano), dentro de la zona en la que la persona prestadora ha indicado en el anexo técnico que presta el servicio, siempre que las condiciones técnicas lo permitan, a cambio de un precio en dinero, el cual se determinará de conformidad con la regulación tarifaria vigente. (La persona prestadora indicará la zona en la cual aplica este contrato, e indicará, cuando sea el caso, las zonas que se excluyen por condiciones técnicas, en concordancia con lo establecido en el Anexo Técnico. Asimismo, establecerá las condiciones técnicas de acceso que tiene que satisfacer el inmueble).

² Concepto SSPD 552 de 2010: "(...)una persona prestadora del servicio público de aseo, bien puede presentar la solicitud de facturación conjunta a una persona prestadora del servicio de acueducto y será obligatorio para ésta última efectuar la facturación en forma conjunta, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad para hacerlo.

Ahora bien, tal como lo manifestó la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (Concepto CRA 2006-210-001899-2 de 2006), la naturaleza de éstos convenios es garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de saneamiento básico, puesto que no se puede suspender la prestación de estas actividades.

Por lo tanto, se requiere que el cobro de estos servicios se realice conjuntamente con aquellos servicios públicos que permiten la suspensión como sanción por la falta de pago. De tal forma, es necesaria la existencia de dos empresas que presten servicios públicos a un mismo usuario y que le sean cobrados a este conjuntamente en una misma factura los consumos por cada uno de ellos."

Cláusula 2. Definiciones. Al interpretar las condiciones uniformes del presente contrato se aplicarán las definiciones consagradas en la Ley 142 de 1994, sus Decretos Reglamentarios, los actos administrativos de carácter general expedidos por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y la Superintendencia de Servicios Públicos, las normas técnicas aplicables y cualquier otra norma que las adicione, modifique, derogue, complemente o desarrolle y que tenga relación con la prestación del servicio público domiciliario de aseo.

En especial, se aplicarán las siguientes definiciones:

(...) 11. Servicio público de aseo: ES EL SERVICIO DE RECOLECCIÓN MUNICIPAL DE RESIDUOS, PRINCIPALMENTE SÓLIDOS. También se aplicará a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.

Igualmente incluye, entre otras, las actividades complementarias de corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas, de lavado de estas áreas, transferencia, tratamiento y aprovechamiento. (Subrayas, negrillas y mayúsculas fuera de texto)

Como puede verse, el modelo general de contrato de condiciones uniformes del servicio público domiciliario de Aseo, señala en su cláusula primera que el objeto del citado contrato es la prestación del servicio público domiciliario de Aseo, el cual es definido en el numeral 11 de la cláusula segunda del citado contrato como la actividad de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos, con sus demás actividades complementarias, entre las que se encuentra, claro está, la disposición final de dichos residuos.

En esa medida, en relación con su consulta, debe señalarse que NO es posible suscribir un contrato de condiciones uniformes sólo para el desarrollo de la actividad complementaria de disposición final de residuos. En todo caso, si ello fuese posible, las actividades de recolección, transporte, aprovechamiento, corte de césped y poda de árboles sólo podrían ser desarrolladas por prestadores de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994."

En esta medida, la facturación conjunta del servicio de aseo, realizada por la empresa EMPAGUA E.S.P. no lo hace prestador de la disposición final del servicio de aseo, puesto que, ateniéndonos a la definición de ésta actividad referida anteriormente, el operador de la misma es el que administra el relleno sanitario, puesto que allí es donde se aíslan y confinan los residuos sólidos en forma definitiva.

Ahora bien, para la vigencia 2012, el administrador del sitio del relleno sanitario donde se dispuso finalmente los residuos sólidos del municipio de GUACHUCAL, que fueron recogidos y transportados por la empresa EMPAGUA E.S.P., fue el municipio de GUACHUCAL, tal como lo reportó la alcaldía municipal en el SUI, en el formato "*Datos Generales Ley Servicios Públicos*", del 2012, así:

Sistema Único de Información de Servicios Públicos SUI		acueducto consulta de información	
Acueducto/Administrativo/Otros Generales/Los Servicios Públicos		Calidad del Reporte:	
Para formato HTML N° Registros en pantalla todos		Generar reporte en formato	
		XLS HTML PDF CSV	
Año	2012		
Departamento	NARIÑO		
Municipio	GUACHUCAL		

Código	Fecha acto de reconocimiento	Número del Acuerdo que definió el % de subsidios y contribuciones para Acueducto	Fecha del Acuerdo que definió el % de subsidios y contribuciones para Acueducto	Número del Acuerdo que definió el % de subsidios y contribuciones para Alcantarillado	Fecha del Acuerdo que definió el % de subsidios y contribuciones para Alcantarillado	Número del Acuerdo Municipal por medio del cual se definió el % de subsidios y contribuciones para Aseo	La fecha del Acuerdo que definió el % de subsidios y contribuciones para Aseo	Manejo de los Residuos Sólidos	Nombre del sitio de disposición final donde se disponen los residuos sólidos generados en su Municipio	Departamento donde se encuentra el sitio de disposición final residuos sólidos	Municipio donde se encuentra el sitio de disposición final residuos sólidos	Dirección donde se encuentra el sitio de disposición final residuos sólidos	Nombre de la entidad que administra el sitio de disposición final residuos sólidos	Nit de la entidad que administra el sitio de disposición final residuos sólidos	Dígito de chequeo (DV) de la entidad que administra el sitio de disposición final residuos sólidos
	2009-12-21 09:00:00	02	2012-02-15 09:00:00	03	2012-02-15 09:00:00	02	2012-02-15 09:00:00	Opera Sitio de Disposición Final	RELLENO SANITARIO INDAN	NARIÑO	GUACHUCAL INDAN	ALCALDIA MUNICIPAL DE GUACHUCAL	8000489	1	

En consecuencia, del acervo probatorio expuesto, se puede determinar que al 31 de diciembre de 2012, el municipio de GUACHUCAL, fue prestador directo de la actividad de disposición final de residuos sólidos de aseo, y por lo tanto, es jurídicamente viable tenerlo como municipio prestador directo, para efectos del proceso de certificación que nos ocupa.

4.2. Argumentos expuestos sobre el cumplimiento del requisito relacionado con el agotamiento del procedimiento señalado en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994.

El recurrente afirma que no agotó la invitación señalada en el numeral 6.1. del artículo 6 de la Ley 142 de 1994, puesto que EMPAGUA E.S.P., es una Empresa Industrial y Comercial del Estado E.I.C.E., creada fuera del término legal, por lo tanto, están esperando a que la empresa legalice su creación para agotar éste procedimiento.

En primer lugar, se considera pertinente señalar que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° de la Ley 142 de 1994, para agotar el numeral 6.1, debe realizarse una invitación pública dirigida a las empresas de servicios públicos para que presenten ofertas para la prestación de disposición final del servicio de aseo; de otra parte, el numeral 6.2 se agota, cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar la disposición final el servicio de aseo, se efectúa invitación a otros municipios, al departamento de Nariño, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que la preste.

Así las cosas, una vez revisado el SUI, se encontró que el municipio de GUACHUCAL, no reportó las invitaciones antes señaladas, sus publicaciones y la constancia que no hubo interesados en participar en dichas invitaciones, solicitados en el artículo 5° del Decreto 1639 de 2013.

Ahora bien, afirma el recurrente que éste procedimiento no lo adelantó debido a que la empresa EMPAGUA E.S.P., fue creada como una E.I.C.E. para prestar de los servicios públicos domiciliarios³, después del término legal para ello. Al respecto, este despacho no comparte éste argumento como impedimento para cumplir con el procedimiento señalado en el artículo 6° de la Ley 142 de 1994, puesto que la ilegalidad en la creación de la empresa que señala el recurrente no es obstáculo para adelantar dichas invitaciones, ya que tal como lo señala dicho artículo *"Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos:*

6.1. Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo;

6.2. Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada; (...)"

Además, para que los planteamientos esgrimidos por el recurrente fueran tenidos como eximente de responsabilidad, debían enmarcarse dentro de los conceptos de fuerza mayor o caso fortuito, que están definidos por el Artículo 1° de la Ley 95 de 1890, en los siguientes términos: *"Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público"*.

Al respecto el tratadista Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra *"De la responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil"*, Páginas 599 y 600, sobre el caso fortuito y la fuerza mayor señala:

"El caso fortuito o la fuerza mayor supone, (...), un acontecimiento imprevisto e irresistible. Es imprevisto, cuando no hay ninguna razón especial para creer en su realización e irresistible, cuando no es posible evitar sus consecuencias."

El hecho debe ser imprevisto e irresistible en sí mismo, es decir, que ni el agente ni ninguna otra persona colocada en las mismas circunstancias de tiempo y de lugar habría podido preverlo. Se requiere una imposibilidad absoluta. Una simple dificultad o una imposibilidad relativa, personal del agente, no basta; la culpa se aprecia en abstracto, Un hecho que hubiera podido prever y evitar con mayor diligencia o a costas de un mayor esfuerzo o sacrificio no es caso fortuito; un hombre prudente lo habría previsto y evitado. Esto es suficiente para privarlo de ese carácter."

En reiterada jurisprudencia se ha estudiado lo referente al caso fortuito o fuerza mayor, de donde se destaca lo siguiente⁴:

"Según el verdadero sentido o inteligencia del artículo 1° de la ley 95 de 1890, los elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor (...), deben ser concurrentes (imprevisibilidad e irresistibilidad) lo cual se

³ El artículo 4° de la Ley 2086 de 1996, señaló que el plazo venció el 4 de enero de 1998, para que las EICE prestadoras de servicios públicos domiciliarios se transformaran en sociedades por acciones.

⁴ Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 20 de noviembre de 1989

traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura a pesar de ser irresistible pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración de la fuerza mayor o caso fortuito.

Si sólo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho”.

De la jurisprudencia y la doctrina expuesta, podemos concluir que, en relación con la fuerza mayor o caso fortuito, se debe tener en cuenta:

- a) En cada caso concreto se debe analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho, para determinar si éste constituye o no fuerza mayor o caso fortuito.
- b) Los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito deben ser alegados y probados por quien los invoca. Es decir, la carga de la prueba la debe soportar quien invoca tales hechos y no quien debe valorarlos.
- c) Debe tratarse de hechos imprevisibles e irresistibles, y por tanto sobrevinientes; esto es, que su previsión escape en condiciones normales a cualquier sujeto y no a una persona en particular, y que además de no haberse podido prever, sea imposible evitar que el hecho se presente.
- d) No constituyen fuerza mayor o caso fortuito los hechos que acontecen frecuentemente o con cierta periodicidad, ni hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo dificulta el cumplimiento de una obligación, pero no la imposibilita.
- e) Los hechos no deben ser atribuibles a la culpa, esto es, negligencia, descuido o impericia, de la persona que los invoca.

De acuerdo con lo anterior, se concluye, que los hechos que aduce el recurrente no se configura en hechos imprevisibles e irresistibles, y por tanto sobrevinientes, pues es evidente que los mismos no hacían imposible el cumplimiento del criterio en mención. Le recordamos al recurrente, que el acreditar los requisitos para obtener la certificación relacionada con la administración de los recursos del SGP-APSB, es una obligación que corresponde al ente territorial como tal, y en este sentido, el municipio debió disponer los recursos para cumplir con ésta obligación legal y realizar los reportes de información al SUI en la oportunidad debida.

Por lo antes expuesto, el municipio de GUACHUCAL, no acreditó el cumplimiento del criterio relacionado con el agotamiento del artículo 6° de la Ley 142 de 1994.

4.3. Argumentos expuestos sobre la “sanción” impuesta por la superintendencia y las consecuencias de la descertificación.

El recurrente señala que es desmesurada la sanción de descertificar al municipio de GUACHUCAL, puesto que cumplió con los criterios señalados en el artículo 3° del Decreto 1639 de 2013, y por un error de interpretación se tuvo al municipio como prestador directo del servicio de aseo. Además indica que, si el municipio es descertificado, la imposición de las tarifas para aseo puede crear un conflicto con los indígenas y para evitar esto, solicita a esta entidad que considere un camino viable para que municipio pueda dar cumplimiento a los requerimientos ambientales.

De cara a las aseveraciones del recurrente sobre el procedimiento que se surte para la certificación en el SGP-APSB, culmina con una sanción, esta SSPD le aclara que el proceso de certificación es una actuación administrativa que se adelanta en estricto cumplimiento de las disposiciones legales teniendo a cada municipio y distrito de manera independiente y para cada ente territorial se analizó el cumplimiento de requisitos para efectos de obtener la certificación de la vigencia 2012, de acuerdo a su calidad de prestador directo o no de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.

Dicho proceso no se entiende como una actuación sancionatoria, por ello, las normas procesales que se deben aplicar al presente proceso de conformidad con el artículo 8° del Decreto 1639 de 2013, son las consagradas en el procedimiento administrativo general y no en el sancionatorio como en forma equivocada se pretende hacer ver.

La Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, confiere a las autoridades del sector de servicios públicos la facultad de producir, unilateralmente, actos administrativos particulares y generales; por eso consagra reglas especiales sobre procedimientos administrativos, las cuales están previstas en los artículos 106, 115 y se relacionan con

los actos de carácter particular y concreto que las autoridades pueden producir, como lo son las sanciones.

El artículo 79 de la Ley 142 de 1994, establece que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tiene las funciones de vigilancia, control y sanción de las empresas de servicios públicos domiciliarios; a su vez, el artículo 81 de la misma le consagra las sanciones que puede imponer la SSPD a los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

Así las cosas, y debido a que la descertificación de los municipios no se encuentra señalada como una sanción de las que pueda imponer esta superintendencia en virtud del ejercicio de la facultad sancionatoria, se aplican las normas del proceso administrativo general y no las del proceso administrativo sancionatorio, se reitera.

Sobre la implicación de los efectos de la descertificación al municipio, en relación a la imposición de las tarifas de aseo, es necesario mencionar que la Ley 1176 de 2007 en su artículo 4° definió los aspectos que para efectos del proceso de certificación para la administración de los recursos del SGP los municipios y distritos debían acreditar. Así mismo, el artículo 5° de la mencionada Ley estableció como efectos de la descertificación los siguientes:

"Los distritos y municipios que sean descertificados no podrán administrar los recursos de la participación para agua potable y saneamiento básico del Sistema General de Participaciones, ni tampoco realizar nuevos compromisos con cargo a los mismos, a partir de la fecha de la descertificación. En este evento, los recursos serán administrados por el respectivo departamento, el cual asumirá la competencia en cuanto a asegurar la prestación los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en la zona urbana y rural, conforme con lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley 142 de 1994. Para ello, el departamento tendrá el derecho a utilizar la infraestructura pública existente en el municipio con el fin de asegurar la prestación de estos servicios públicos en la correspondiente jurisdicción. En ningún caso se realizará la transferencia de la propiedad de los activos del sector, y corresponderá al departamento representar al municipio en las empresas, sin perjuicio de que este participe con voz pero sin voto.

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto por el numeral 8.6 del artículo 8°, de la Ley 142 de 1994, en cuyo evento la Nación tendrá a su cargo la competencia en cuanto a asegurar la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, la administración de los recursos y el derecho a utilizar la infraestructura pública existente.

La administración de los recursos de la participación para agua potable y saneamiento básico y la competencia en la prestación de estos servicios, serán reasumidos por el Distrito y/o Municipio, a partir de la certificación. En este evento, el distrito y/o municipio dará continuidad a los compromisos y al esquema de prestación de los servicios que hubiere asumido y definido el departamento en virtud de lo dispuesto en la presente ley".

Teniendo en cuenta que los efectos de la descertificación se encuentran señalados en la Ley 1176 de 2007 y reglamentados en el Decreto 1040 de 2012, expedido por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, deben ser aplicados cuando esta superintendencia decida que un municipio es descertificado, y por lo tanto está revestido del principio de legalidad. En consecuencia, con el recurso de reposición no se puede pretender que se desconozca el contenido de una Ley.

En cuanto a la solicitud del recurrente relacionada con que ésta superintendencia señale algún mecanismo para que el municipio pueda cumplir con los requerimientos ambientales, debemos señalar que dicho mecanismo no fue contemplado en el Decreto 1639 de 2013 que reglamento los artículos 4° y 5° de la Ley 1176 de 2007, por lo tanto no es viable acudir a una opción para efectos de revocar la presente decisión.

Es necesario aclarar que, debido a que el recurrente no señaló argumentos relacionados con el cumplimiento de los criterios correspondientes al reporte al SUI del acto de aprobación de tarifas del servicio de aseo y del 30% de los formatos de tarifas aplicadas y facturación del servicios de aseo para el 2012, este despacho ratifica el incumplimiento de los mismos por las razones señaladas en el acto que se recurre.

En conclusión, se evidencia que el ente territorial no acreditó el cumplimiento de los criterios que se le demandan y por lo tanto el recurso formulado por el señor JOSÉ LIBARDO BENAVIDES TAPIA, como alcalde municipal de GUACHUCAL, no prospera y en consecuencia la Resolución recurrida se confirma.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución No. SSPD 20144010012435, del 24 de abril de 2014, proferida por el Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- NOTIFICAR personalmente de la presente Resolución al alcalde del municipio de GUACHUCAL, del departamento de NARIÑO, haciéndole entrega de una copia de la misma, y advirtiéndole que contra ésta no procede recurso alguno. De no ser posible la notificación personal, se debe dar aplicación al artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

ARTÍCULO TERCERO.- COMUNICAR el contenido de la presente Resolución al gobernador del departamento de NARIÑO, al Departamento Nacional de Planeación, al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ARTÍCULO CUARTO.- La presente Resolución rige a partir de la fecha de su ejecutoria y contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D. C.



JORGE ANDRÉS CARRILLO CARDOSO
Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo

Proyectó: Nubia Stella Duarte Blanco - Contratista Grupo de Certificaciones e Información

Aprobó: Giovanni Bonilla Rodríguez - Coordinador Grupo de Certificaciones e Información

Visto Bueno: Samuel Alfonso Forero - Contratista Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo

Ángela López Villegas - Contratista Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo

Expediente: 20094015267880794A