

815112

Bogotá D.C.

Contraloría General de la República :: SGD 28-04-2022 16:42	
Al Contestar Cite Este No.: 2022EE0071980 Fol:0 Anex:0 FA:0	
ORIGEN	815112-DIRECCIÓN DE VIGILANCIA FISCAL PARA EL SECTOR VIVIENDA Y SANEAMIENTO BÁSICO / MAYRA GISELLE CASTELLANOS CAQUEZA
DESTINO	YAHAIRA INDIRA DE JESÚS DÍAZ QUESADA / ESSMAR E.S.P.
ASUNTO	ALCANCE A COMUNICACIÓN OBSERVACIÓN 11
OBS	
2022EE0071980	

Doctora:

YAHAIRA INDIRA DE JESÚS DÍAZ QUESADA

Agente Especial designada para la toma de posesión a ESSMAR E.S.P.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - SSPD

E-mail: gerencia@essmar.gov.co

Contraloría General de la República :: SGD 28-04-2022 16:46	
Al Contestar Cite Este No.: 2022EE0071985 Fol:0 Anex:0 FA:0	
ORIGEN	815112-DIRECCIÓN DE VIGILANCIA FISCAL PARA EL SECTOR VIVIENDA Y SANEAMIENTO BÁSICO / MAYRA GISELLE CASTELLANOS CAQUEZA
DESTINO	YOLANDA VICTORIA GONZALEZ PUENTE / INTERASEO
ASUNTO	ALCANCE A COMUNICACIÓN OBSERVACIÓN 11
OBS	
2022EE0071985	

Doctora:

YOLANDA VICTORIA GONZÁLEZ PUENTE

Gerente Regional

INTERASEO S.A.S. E.S.P.

servicioalcliente@interaseo.com.co, ygonzalez@interaseo.com.co

Calle 26 No.2-151, barrio el Prado.

Santa Marta, Magdalena.

Asunto: Alcance – Comunicación de observación No. 11

Actuación Especial de Fiscalización – AEF al Contrato de Concesión No. 007 del 11 de marzo de 1993 con sus modificatorios y adicionales, suscrito entre la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ASEO DEL DISTRITO DE SANTA MARTA - E.S.P. (hoy ESSMAR E.S.P.) y TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A. (hoy INTERASEO S.A.S. E.S.P.),

Respetadas Doctoras,

En atención a la Actuación Especial de Fiscalización al Contrato de Concesión No. 007 del 11 de marzo de 1993 con sus modificatorios y adicionales, suscrito entre la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ASEO DEL DISTRITO DE SANTA MARTA - E.S.P. (hoy ESSMAR E.S.P.) y TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A. (hoy INTERASEO S.A.S. E.S.P.), que actualmente ejecuta la Contraloría General de la República – CGR, se evidenció lo siguiente:

Observación 11. Administrativa - Obligación del concesionario de presentar información a la ESSMAR E.S.P. y este de requerirlo ante la omisión de hacerlo.

Constitución Política de Colombia:

Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

Ley 153 de 1887.

Artículo 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Ley 80 de 1993.

“Artículo 78 de los contratos procedimientos y procesos en curso. los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.”

Decreto Ley 222 de 1993 Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

Artículo 120. DE LAS CALIDADES DEL INTERVENTOR - La entidad contratante verificará la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor, que podrá ser funcionario suyo.

También se podrá contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que posean experiencia en la materia y que estén registradas, calificadas y clasificadas como tales.

En los contratos de obras el funcionario público que ejerza la interventoría o la persona que el contratista coloque al frente de la obra, deberá ser ingeniero o arquitecto matriculado, con experiencia profesional no menor de tres (3) años.

Artículo 121. DE LAS ATRIBUCIONES DEL INTERVENTOR - <DEROGADO POR EL ARTICULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. En todo contrato se detallarán las funciones que corresponden al interventor. Dentro de sus facultades está la de revisar los libros de contabilidad, si así se hubiere convenido en el contrato, y la de exigir al contratista la información que considere necesaria.

Decreto 2981 de 2013

Artículo 3°. Principios básicos para la prestación del servicio de aseo. En la prestación del servicio público de aseo, y en el marco de la Gestión Integral de Residuos Sólidos, se observarán los siguientes principios: prestación eficiente a toda la población con continuidad, calidad y cobertura; obtener economías de escala comprobables; garantizar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de la prestación; desarrollar una cultura de la no basura; fomentar el aprovechamiento; minimizar y mitigar el impacto en la salud y en el ambiente que se pueda causar por la generación de los residuos sólidos.

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 007 DE 1993.

Cláusula 3. Obligaciones del concesionario. El concesionario adquiere las siguientes obligaciones:

8. Presentar a la E.S.P.A y a la interventoría los informes de que trata este contrato.

(..).

Cláusula 4. Obligaciones de la E.S.P.A. E.S.P.A asume por el presente contrato las siguientes obligaciones:

4. *Supervisar la ejecución del contrato y, en especial la prestación del servicio de aseo por el concesionario.*

(..).

Cláusula 15. Informes del Concesionario. El concesionario estará obligado a presentar a E.S.P.A. los siguientes informes:

1. *Cada seis meses, por lo menos, un informe escrito sobre el estado de la explotación del servicio de aseo (..).*
2. *De gestión, con periodicidad mensual (..).*
3. *Específicos sobre la materia o asuntos especiales que solicite la Gerencia de E.S.P.A o la interventoría (..).*
4. *El Concesionario deberá presentar los informes establecidos en el reglamento de la concesión (..).*
5. *Mensualmente el concesionario informará por escrito a E.S.P.A sobre las solicitudes de incorporación y actualizaciones de usuarios.*
6. (..).

Cláusula 16 Interventoría. E.S.P.A. verificará el cabal desarrollo y ejecución del contrato directamente, por intermedio de su personal, o por conducto de terceros contratados para el efecto.

La interventoría y sus representantes y empleados, para el adecuado cumplimiento de sus obligaciones, tendrán acceso a las instalaciones informaciones, documentos y equipos de concesionario. Es la obligación de concesionario atender prioritariamente a los representantes de la interventoría, proveerlos de toda información por ellos requeridas para el adecuado cumplimiento de sus tareas

Corresponderá a la Interventoría ejercer las siguientes:

1. *Formular observaciones al concesionario sobre la calidad, oportunidad y eficacia del servicio de aseo.*
2. *Verificar que el concesionario haga las correspondientes correcciones y ajustes a la prestación del servicio de aseo.*
3. *Dar visto bueno a la prestación del servicio de aseo a los informes semestrales del concesionario o presentar observaciones sobre ellos.*

(..).

7. *Supervisar al buen funcionamiento de la maquinaria y equipo asignados por el concesionario al desarrollo del objeto del contrato.*

Ley 734 de 2002.

Artículo 23. La falta disciplinaria. *Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que*

conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.

Artículo 25. Destinatarios de la Ley Disciplinaria. “Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.”

Artículo 27. Acción y Omisión “Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.”

Artículo 34. Deberes. *Son deberes de todo servidor público: Son deberes de todo servidor público:*

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las

El equipo auditor de la CGR en verificación del expediente contractual físico en las instalaciones de la ESSMAR E.S.P, durante los días 14, 15, y 16 de febrero de 2022, pudo identificar que este no contiene los siguientes informes que dan cuenta del cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el numeral 8 y 12 de la cláusula 3, numeral 7 de la cláusula 16 y numerales 1,4,5,6,7 de la Cláusula 15 del Contrato de Concesión No. 007 de 1993, ello según el siguiente detalle:

Fuente obligación contractual	Estipulación	Soportes
--------------------------------------	---------------------	-----------------

Clausula 3	8. Presentar estudios y recomendaciones a E.S.P.A sobre la inclusión, actualización, reclasificación, de los usuarios en el catastro en el servicio de aseo.	No existe soporte archivado en el expediente del contrato, o que hubiera sido allegado a la CGR con esta denominación
	12. Presentar a E.S.P.A y a la interventoría los informes del que trata este contrato.	No existe soporte archivado en el expediente del contrato, o que hubiera sido allegado a la CGR en el cual se indique que son informes con destino a la interventoría.
Clausula 15	1. Informe escrito sobre el estado de explotación del servicio de aseo (..). Periodicidad: cada seis (6) meses.	No existe soporte archivado en el expediente del contrato, o que hubiera sido allegado a la CGR en el cual se indique tratarse de informe semestral.
	4. Informes establecidos en el reglamento de la concesión: (..) programación completa del servicio de recolección y barrido por cada mes. Reportando vehículo asignados, cuadrillas, punto de concentración.	No se conoció informes estrictamente específicos, relativos a este aspecto.
	5. Informes sobre solicitudes de incorporación y actualizaciones de usuarios de acuerdo con información suministrada (..).	No existe soporte archivado en el expediente del contrato, o que hubiera sido allegado a la CGR con esta denominación.
	6. Informe en papel y medio magnético con todos los bienes muebles e inmuebles adquiridos por el concesionario con destino exclusivo para la concesión (..). Periodicidad: anual.	No existe soporte archivado en el expediente del contrato, o que hubiera sido allegado a la CGR con esta denominación
	7. Informe sobre seguros contratados. Periodicidad: Anual.	No existe soporte archivado en el expediente del contrato, o que hubiera sido allegado a la CGR con esta denominación

Cláusula 16	7.E.S.P.A., verificará el cabal desarrollo y la ejecución del contrato directamente, por intermedio de su personal o de su conducto de terceros contratados, riesgos asegurados, beneficiarios cobertura	No existe soporte archivado en el expediente del contrato de informes que den cuenta de verificaciones realizadas en el marco de la vigilancia del contrato durante las vigencias 2019 y los meses entre enero y octubre de 2020.
----------------	--	---

La causa de la posible omisión de expedición de los informes especificados en el cuadro anterior, de los que trata el **Contrato de Concesión No 007 de 1993**, y de conformidad con la periodicidad estipulada en el acto contractual referido, deviene de falencias de INTERASEO S.A.S. E.S.P. no solo en el cumplimiento estricto de la obligación de informar a la ESSMAR E.S.P. lo relativo a la operación del servicio de aseo., ello según las especificaciones contenidas en el numeral 8 de la cláusula 3, numeral 4 de la cláusula 4, numeral 7 de la cláusula 16 y Nos. 1,2,3,4,5,6,7 de la Cláusula 15, con inexistentes requerimientos en lo correspondiente por parte de la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta, sino también por falta de claridad frente a la figura de vigilancia y seguimiento en la ejecución contractual del servicio concesionado, utilizada por el referido concedente, esto es, por falta de claridad frente al rol que ejerce el Director de Aseo y Aprovechamiento de la ESSMAR, en los que en algunos documentos indica hacer seguimiento al desarrollo del contrato de concesión desde la calidad de interventor, y en otros documentos, se denomina supervisor, lo que particularmente se puede constatar en documentos propios de las actuaciones administrativas sancionatorias adelantadas con oficios de radicados Nos. 3-2021-03209, 3-2021-03124, 3-2021-02145 de 2021.

Ahora bien, frente a la posición de INTERASEO, sobre la inexistencia o no, de la interventoría de la que trata la cláusula 16 del Contrato de Concesión No 007 de 1993, y su desacuerdo con ciertos requerimientos de índole técnico, realizados por la ESSMAR E.S.P. entendiéndose este concesionario que, la vigilancia del contrato por parte del concedente se realiza desde el rol de una supervisión para quien ni se acordó entrega de información técnica y especial, la CGR se sustenta en la siguiente evidencia:

OFICIO RADICADO No. 31-04-20211104000000885 del 04/11/21, emitido por la Gerente Regional de INTERASEO Magdalena, en el cual expresa lo siguiente:

“.. Por otro lado, le recordamos que estos requerimientos, son propios de las funciones de la INTERVENTORÍA del contrato, la cual no existe, toda vez que el ESSMAR E.S.P., no lo ha contratado externamente y por medio de un concurso de méritos, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 de la cláusula 16, la cual dispone:

(..).

Por lo anterior, le solicitamos, que se abstenga de seguir realizando requerimientos propios de las funciones de una interventoría a la empresa Interaseo S.A.S. E.S.P., toda vez que usted no tiene esa calidad y tampoco podría ejercerla, por ser un funcionario público adscrito a la planta de personal del ESSMAR E.S.P.

Ya son reiterativas las exigencias que sobre el particular le hemos realizado y aun así el ESSMAR E.S.P., persiste en realizar labores propias de Interventoría, remitiéndonos personal constante a la empresa, en un claro desacato a la normatividad vigente, abusando de su posición dominante en el contrato de concesión.

Ni siquiera la Gerencia del ESSMAR E.S.P., puede realizarnos estos requerimientos, pues son funciones propias de la Interventoría y así lo contempla el citado acuerdo de voluntades.

Por lo anterior, le exigimos se rija por lo pactado en el contrato, conforme a la normatividad vigente y no siga cometiendo actos arbitrarios e injustos contra la empresa INTERASEO S.A.S. E.S.P.” (..).

Lo expuesto a su vez, muestra que tanto INTERASEO S.A.S. E.S.P., como ESSMAR E.S.P., no estarían aplicando lo establecido en el artículo 120 del Decreto ley 222 de 1983, ratificado en la cláusula 16 contractual, disposición legal que a su vez, rige el contrato de Concesión No 007 de 1993, en virtud de lo establecido en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en concordancia con el artículo 78 de la Ley 80 de 1993¹, ello en el sentido que, la figura del interventor definida en el Decreto ley 222 de 1983 vigente a la celebración del contrato referido, puede

¹ Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.

ser ejecutado tanto por personal de la entidad pública concedente como por personal externo contratado para ello².

Precisado lo anterior, es claro que, las disposiciones que rigen la vigilancia del contrato contenidas en la Ley 1474 de 2011, no son aplicables frente a la particularidad del Contrato de Concesión No 007 de 1993, celebrado entre ESSMAR E.S.P. (antes E.S.P.A) e INTERASEO S.A.S. E.S.P., previa expedición de la Ley 80 de 1993 y bajo las normas del Decreto ley 222 de 1983, dado que los efectos inmediatos de la aplicación normativa, solo corresponden a disposiciones de carácter procesal o procedimental, ejemplo, el artículo 86 de la Ley ibidem, no así lo preceptuado en los artículos 83 y 84 del mismo estatuto, esto en virtud del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que reza así:

ART 38. *En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.*

Exceptúense de esta disposición:

- 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y*
- 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido.*

En consecuencia, la situación detectada y objeto de observación, constituye una posible omisión administrativa por parte de INTERASEO S.A.S. E.S.P, en el cumplimiento de estipulaciones acordadas en el Contrato de Concesión No. 007 de 1993, en cuyo efecto se encuentra la materialización de diferencias que dificultan una articulación clara y fluida entre concesionario y concedente durante las vigencias 2019,2020 y 2021, de tal suerte que haya una diligente, objetiva y responsable vigilancia de la ejecución del contrato y con ello, garantizar que el contratista cumple con una prestación eficiente del servicio de aseo a toda la población del distrito de Santa Marta, con continuidad, calidad y cobertura de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del **Decreto 2981 de 2013**³

² Decreto ley 222 de 1983-“Artículo 120. DE LAS CALIDADES DEL INTERVENTOR. La entidad contratante verificará la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor, que podrá ser funcionario suyo”

³ **Artículo 3°. Principios básicos para la prestación del servicio de aseo.** *En la prestación del servicio público de aseo, y en el marco de la Gestión Integral de Residuos Sólidos, se observarán los siguientes*

Esta observación se comunica administrativa para las dos (2) entidades partes del Contrato de Concesión No.007 de 1993, con presunta incidencia disciplinaria solo para la ESSMAR E.S.P, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, por posiblemente no ejecutar su labor de vigilancia del Contrato No 007 de 1993, en debida forma, esto es, de conformidad con lo dispuesto en las estipulaciones contenidas en el numeral 8 y 12 de la cláusula 3, numeral 7 de la cláusula 16 y numerales 1,4,5,6,7 de la Cláusula 15 del Contrato de Concesión No. 007 de 1993, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 120 del Decreto ley 222 de 1983 y lo establecido en el artículo 78 de la Ley 80 de 1993.

En ejercicio del derecho de defensa, se da traslado de esta observación para que en el término de tres (3) días, hábiles contados a partir del recibo de la presente comunicación, si lo consideran pertinente, presenten la correspondiente respuesta con los soportes que la acrediten, a los correos hernan.silva@contraloria.gov.co y mayra.castellanos@contraloria.gov.co.

Cordialmente,



MAYRA GISELLE CASTELLANOS CAQUEZA

Supervisora AEF

Dirección de Vigilancia Fiscal

Contraloría Delegada para el Sector Vivienda y Saneamiento Básico

Proyectó: Equipo Auditor

TRD 815112 – 343 – 05 Actuaciones Especiales de Fiscalización

principios: prestación eficiente a toda la población con continuidad, calidad y cobertura; obtener economías de escala comprobables; garantizar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de la prestación; desarrollar una cultura de la no basura; fomentar el aprovechamiento; minimizar y mitigar el impacto en la salud y en el ambiente que se pueda causar por la generación de los residuos sólidos.