



SALIDA Nro.: 110680 Fecha: 28-08-2017

RODOLFO HERNANDEZ SUAREZ

#ALCALDE

ALCALDIA BUCARAMANGA

CALLE 35 NO 10-43

BUCARAMANGA

(SANTANDER)

Bogotá, D.C.,  
PDFP-

Señores:

**Rodolfo Hernández Suárez**

Alcalde de Bucaramanga

**José Manuel Barrera Arias**

Gerente

Empresa de Aseso de Bucaramanga

Respetados señores:

Las políticas, planes y acciones del gobierno nacional, las gobernaciones, las alcaldías, las corporaciones político-administrativas, las empresas de servicios públicos y corporaciones autónomas regionales relacionadas con la prestación de servicios públicos deben asegurar el cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales correspondientes, mediante una verificación de los principios de la función administrativa según el concepto moderno que de ellos se adopte conforme al avance del conocimiento, la tecnología y la innovación.

Seguridad hídrica y economía circular hacen parte de estos "nuevos" enfoques que satisfacen tal nivel de actualización de la gestión pública o administrativa. La Procuraduría General de la Nación reconoce estos como fuente de orientación para adelantar sus funciones preventivas y considera que permiten enfrentar de manera integrada los inmensos retos de garantía de derechos constitucionales asociados a la prestación de servicios públicos, tales como: protección del medio ambiente y de las cuencas hidrográficas, provisión racional de agua potable e industrial, tratamiento de aguas residuales, protección del patrimonio público y prevención y control de factores de deterioro ambiental.

La Procuraduría en ejercicio de su función preventiva demanda que los gobiernos aceleren, en materia de disposición de residuos sólidos el tránsito desde una economía lineal: tomar, producir y desechar; hacia una economía circular: tomar, producir, mantener utilidad y valor según ciclos técnicos (reutilización, reciclaje) o biológicos (compostaje) y disposición final.

Este tránsito requiere líneas de trabajo unificadas a nivel nacional en concepto, principios y resultados esperados, atendiendo las especificidades de cada población o economía local.



### **Función preventiva**

La función preventiva se encuentra regulada por el numeral 3° del artículo 24° del Decreto 262 de 2000 y de la Resolución No. 456 de 14 de diciembre de 2010, a través de los cuales se fija la potestad de actuación y las políticas que definen aspectos relevantes de la acción de vigilancia preventiva integral sobre la gestión contractual de las entidades públicas y de los particulares que ejercen funciones públicas o administran recursos del Estado, respectivamente.

La función preventiva que adelanta la Procuraduría General de la Nación busca anticiparse y evitar la ocurrencia de hechos que afecten derechos y fines del Estado, mediante la detección y advertencia de riesgos en la gestión pública. La vigilancia preventiva y el control de la gestión que en materia de contratación estatal adelanta este organismo de control no implica en modo alguno la coadministración o injerencia en las decisiones administrativas, financieras, técnicas o jurídicas de las entidades públicas o de los particulares que ejercen funciones públicas. De ahí que la Procuraduría no expida conceptos, avales o aprobaciones a documentos producidos o cualquier tipo de actuaciones realizadas por los sujetos de control; luego las recomendaciones efectuadas no obligan a los vigilados.

En ejercicio de tales atribuciones, me permito hacer las siguientes consideraciones:

### **Proceso de vigilancia preventiva a la gestión de residuos sólidos del Área Metropolitana de Bucaramanga**

La Procuraduría adelanta un proceso de vigilancia preventiva a la gestión de residuos sólidos del Área Metropolitana de Bucaramanga, el cual redefine el alcance de la labor previa de vigilancia preventiva sobre el relleno sanitario El Carrasco, la cual se lleva a cabo desde 2011.

A la reunión del día martes 22 de agosto del año en curso asistieron asesores del alcalde de Bucaramanga y el Gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga (EMAB). Nos resultó incomprensible la inasistencia del señor alcalde, dada la trascendencia y urgencia del asunto. No obstante, adelantamos la agenda prevista con la valiosa participación de asesores del Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico, el Superintendente Delegado de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y asesores de la Procuraduría Delegada de Asuntos Ambientales.

El interés central de la reunión se concentró en el análisis del *proceso de contratación directa* que la EMAB pretende derivar de la declaración de desierta de la invitación pública No. IP 001-EMAB-2017, cuyo objeto es:

"[...] selección de la nueva tecnología, su implementación y operación para el tratamiento alternativo de la disposición final y el aprovechamiento de los residuos sólidos urbanos (RSU) en la ciudad de Bucaramanga, departamento de Santander, República de Colombia".

En la mencionada reunión se repasaron las inquietudes del ente de control, expresadas mediante oficios N° 1129 y N° 1158 de agosto de 2017, así como aquellas procedentes de las entidades del orden nacional sobre este proceso. Luego de la intervención de los delegados de la Alcaldía de Bucaramanga y del Gerente de la EMAB, quienes en uso de la palabra no dieron respuesta satisfactoria a cada una de las inquietudes presentadas, ni radicaron oficio o documento con tal fin, este organismo de control se ratifica en sus observaciones sobre la conveniencia y los debidos soportes del pretendido proceso de contratación directa, así:

### **Estudios previos, análisis del sector y soporte técnico**

1. La pretendida contratación directa no tiene alineación con una política pública local sobre gestión de residuos (i. e., PGIRS actualizado) ni se encuentra sustentada en un enfoque técnico (e. g., economía circular, reciclaje, etc.).
2. No posee la alcaldía ni la EMAB estudios técnicos que permitan determinar las características de los residuos locales que se disponen en el relleno sanitario y, por tanto, una proyección seria y soportada de las potencialidades para desarrollar un ciclo de prevención, reutilización, aprovechamiento o reciclaje, tratamiento y disposición final de residuos sólidos.
3. Este organismo de control no conoce o encuentra (SECOP, página web EMAB), ni le han sido entregados, los estudios previos, los análisis del sector y de las tecnologías que justifiquen ambiental, técnica, jurídica y financieramente la invitación pública en el pretendido proceso de contratación directa.
4. La "nueva tecnología" proporcionada por el oferente descalificado, consistente en "plantas de tratamiento y aprovechamiento de los residuos sólidos", no está adecuadamente soportada. No existe evaluación objetiva e integral, proporcionada por organizaciones públicas o privadas independientes, de la condición de "nueva tecnología" de estas denominadas "plantas".

### **Aspectos contractuales**

La Empresa de Aseo de Bucaramanga podría transgredir la ley y desatender la jurisprudencia por las siguientes razones:



La implementación y operación de una "nueva tecnología" en los términos previstos por la EMAB en este pretendido proceso de contratación directa pone al contratista previsto a asumir la prestación del servicio público de aseo, por lo cual, su contratación debería ajustarse a lo reglado por la Ley 142 de 1994 y las demás normas que la regulan, en especial el parágrafo del artículo 3° de la ley 689 de 2001 y los artículos 1.3.5.2 y 1.3.5.3 de la Resolución CRA 151 de 2001 (modificada por la Resolución CRA 242 de 2003); en virtud de que se trata de bienes afectos a la prestación del servicio público de aseo.<sup>1</sup>

La EMAB pretende pasar por alto que, luego de haber declarado desierta la invitación pública, debió iniciar un nuevo proceso de contratación que agote los requisitos establecidos en la ley, garantizando la libre concurrencia.

### Aspectos financieros

No conocen las Procuradurías Delegadas a cargo de este proceso de vigilancia preventiva la sustentación por medio de la cual se logra establecer la conveniencia financiera, según los términos de contratación de "plantas" ofrecidas por el oferente descalificado y por un período de treinta años, para los suscriptores del servicio de aseo del Área Metropolitana de Bucaramanga, el gobierno local o la EMAB.

La economía del contrato que se pretende celebrar no está claramente establecida ni se encuentran expresas y sólidas salvaguardas del patrimonio público en la relación con el pretendido contratista. El enlace del esquema tarifario con el modelo financiero es ambiguo, por tanto, no es precisa la afirmación de los funcionarios de la Alcaldía de Bucaramanga y de la EMAB según la cual la implementación de las "plantas" no generará "inversión" por parte del ente territorial.

Tampoco se prevé ni se evita que ante un desequilibrio económico del contrato sea el Estado, en cabeza del municipio, el llamado a responder patrimonialmente.

Sorprende a la Procuraduría Delegada de la Función Pública que se pretenda contratar un mecanismo de "tratamiento" de residuos sólidos mediante estas "plantas" sin la

<sup>1</sup> La jurisprudencia del Consejo de Estado ha concluido que: "no es jurídicamente viable la entrega de un servicio público sin que se surta el procedimiento de licitación (...)", Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 2008, exp. n° 19001-23-31-000-2005-00005-01 (Mag. Pte. Ruth Stella Correa); concordante con concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 4 de febrero de 2015 (rad. Interna. 2230). Tener en cuenta, además: "Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993".

construcción de escenarios de proyección de carácter ambiental, jurídico, técnico y financiero –articulados con diagnósticos de la economía local– que conlleven, por ejemplo, a desarrollos piloto, escalables y autofinanciables por parte de la EMAB para cumplir con este mismo objetivo o uno superior.

La Alcaldía de Bucaramanga y la EMAB descartan de plano con este pretendido proceso de contratación directa, sin ningún sustento, la posibilidad de convertirse en gestores directos de soluciones modernas y ambientales de disposición final de residuos. También descartan la posibilidad de seleccionar, adquirir y hacer procesos de transferencia organizacional de tecnologías validadas que impidan por esta vía la entrega de bienes afectos a la prestación del servicio público de aseo a operadores privados, perdiendo así potenciales rentabilidades para el patrimonio público.

De otra parte, la EMAB parece eximirse de responsabilidades en el ejercicio de supervisión del pretendido contrato cuando dentro del pliego de condiciones que se ha utilizado para estructurar este proceso se expresa que la EMAB: *“no tendrá injerencia por el éxito técnico, financiero, ambiental y operativo del proyecto”* y que esto, *“es del alcance exclusivo del Contratista y su responsabilidad ante la EMAB”*.

### **Planes de contingencia**

No se han presentado los planes de contingencia frente a un eventual escenario de no otorgamiento de permisos ambientales para la operación y puesta en marcha de las “plantas” para el aprovechamiento de los residuos sólidos. En tal situación, corresponde al ente territorial garantizar la efectiva prestación del servicio público de aseo, tal y como lo establece el artículo 5° de la Ley 142 de 1994.

Tampoco se han presentado planes de contingencia para la prestación efectiva del servicio de aseo en su componente de disposición final, frente a situaciones que puedan afectar la operación de las “plantas”, tales como: daños mecánicos en los componentes de la planta, suspensión de actividades por mantenimiento de los mismos, disminución o aumento en las toneladas de residuos sólidos que se disponen diariamente y otras contingencias que pueden ocasionar la paralización de las “plantas”.

Es importante recordar la competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos a la luz del artículo 5° de la Ley 142 de 1994, toda vez que se observa que en el pretendido proceso se ha dejado de lado la responsabilidad constitucional y legal que se impone al ente territorial, en el entendido que no se han valorado las consecuencias de un eventual fracaso en la ejecución, pues tal circunstancia puede causar repercusiones directas frente a la prestación del servicio.



### Consideraciones finales

La Procuraduría no cuenta aún con respuestas satisfactorias a las inquietudes presentadas en oficios precedentes durante esta fase del proceso de vigilancia preventiva, reiteradas nuevamente mediante este escrito,<sup>2</sup> ya que, a pesar que los funcionarios que acudieron a la Procuraduría lo hicieron con tal fin, lo mismo no fue posible, toda vez que sustentaron sus explicaciones en supuestos, sin que presentaran la documentación idónea que respaldara cada una de las respuestas.

Por todo lo anterior, se invita nuevamente a la Alcaldía de Bucaramanga y a la Empresa de Aseo de Bucaramanga a que revisen estas consideraciones presentadas por el ente de control, pero también aquellas hechas por las demás entidades de orden nacional, con el fin de procurar en sus decisiones al respecto el ejercicio eficiente y diligente de la función pública, asegurando la protección y defensa de los bienes y recursos públicos.

Finalmente, de manera comedida le solicito al señor alcalde de Bucaramanga y a sus funcionarios mantener un canal de comunicación formal y no mediático con la Procuraduría General de la Nación. Cualquier interpretación inadecuada de nuestra labor frente a los medios recibirá nuestro rechazo contundente y las respectivas consideraciones disciplinarias.

Debo a propósito recordarles que las procuradurías delegadas, auxiliares, regionales, provinciales y judiciales son las únicas dependencias de este organismo de control que ejercen funciones misionales, bajo la dirección del señor Procurador General de la Nación, Dr. Fernando Carrillo Flórez. Cualquier otro funcionario, sin importar su rango, se encuentra impedido, a riesgo de cometer una falta a su deber funcional, para manifestarse sobre asuntos o procesos de carácter misional.

Cordialmente,

  
**Leandro Ramos**  
Procurador Delegado

Proyectó: LMPB/FAR/CJMG/LFAT

<sup>2</sup> Oficios Nos. 1129 y 1158 de agosto de 2017