



SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

CONCEPTO 141 DE 2020

(marzo 26)

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Ref. Solicitud de concepto^[1]

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 990 de 2002^[2], la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – Superservicios es competente para “...absolver las consultas jurídicas externas relativas a los servicios públicos domiciliarios”.

ALCANCE DEL CONCEPTO

Se precisa que la respuesta contenida en este documento corresponde a una interpretación jurídica general de la normativa que conforma el régimen de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual los criterios aquí expuestos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, tal como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011^[3], sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015^[4].

Por otra parte, la Superservicios no puede exigir que los actos o contratos de un prestador de servicios públicos domiciliarios se sometan a su aprobación previa, ya que de hacerlo incurriría en una extralimitación de funciones, así lo establece el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

CONSULTA

Se presentan en la consulta diversos interrogantes relacionados con la asignación de áreas de prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Constitución Política de 1991

Ley 142 de 1994^[5]

Resolución CRA 151 de 2001^[6]

Resolución CRA 688 de 2014^[7]

Resolución CRA 825 de 2017^[8]

CONSIDERACIONES

Previo a dar respuesta a los interrogantes realizados en la consulta, se procederá a desarrollar los siguientes ejes temáticos: i) libertad de entrada para la prestación de los servicios públicos domiciliarios y ii) áreas de prestación del servicio (APS).

i) Libertad de entrada para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, los servicios públicos pueden ser prestados por cualquier agente, ya sea el Estado, los particulares o las comunidades organizadas, sin que para ello se requiera de un acto de habilitación, procedimiento de formalización o contrato entre el Estado y el respectivo prestador. Lo anterior, en la medida que el constituyente previó que la participación en la prestación de los servicios se basaría en los principios del libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, objetivos que, además, están en consonancia con lo dispuesto en el artículo 333 constitucional, de manera que se asegure la libre competencia económica de todos los intervinientes en la prestación de los citados servicios.

Dado lo anterior, existe como regla general, un principio de libertad de entrada para la prestación de los servicios públicos, el cual es desarrollado por el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, así:

“Artículo 22. Régimen de funcionamiento. Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta ley^[9], según la naturaleza de sus actividades.” (Subrayas propias)

La anterior regla aplica para todo el territorio nacional y para todos los servicios públicos domiciliarios, incluidos los de acueducto y alcantarillado.

En ese sentido, un prestador de tales servicios, sin importar su naturaleza, puede prestar los servicios públicos domiciliarios propios de su objeto social, en cualquier lugar del territorio nacional e inscribirse en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos – RUPS (administrado por esta Superintendencia), sin que para ello requiera de un contrato, autorización o acto de formalización proveniente de un municipio o distrito, un departamento o la Nación, que lo habilite para operar, o que le sea asignada un área en específico para desarrollar su actividad.

No obstante, la mencionada regla presenta tres situaciones en las que un prestador podrá requerir de un contrato para prestar los servicios públicos domiciliarios, bajo un esquema de contratación para el uso de activos públicos en la prestación de los servicios y/o para la prestación exclusiva de estos en un determinado territorio, como pasa a explicarse:

i) El primero de estos casos es el de las áreas de servicio exclusivo, a que se refiere el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, así:

“Artículo 40. Áreas de Servicio exclusivo. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales componentes, podrán establecer mediante

invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

Parágrafo 1o. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.”

En dichas áreas, previa decisión de la Comisión Reguladora respectiva, será procedente cerrar el mercado a la competencia, previo adelantamiento de un proceso competitivo contractual por el mercado.

En tal evento y con el objetivo de lograr metas de cobertura y calidad que no se lograrían bajo un esquema de libre entrada, se hace posible restringir la competencia, pero dado que dicha restricción afecta un derecho constitucional y legal para los prestadores, el proceso de constitución del área de servicio exclusivo – ASE, deberá estar precedido de la verificación de los requisitos para su creación conforme a lo señalado sobre el particular por la Comisión de Regulación correspondiente, así como del proceso de invitación pública que se realice por la autoridad correspondiente, en donde todos los interesados en prestar el servicio en la zona geográfica respectiva tengan igual oportunidad de participar.

Así respecto de la constitución de dichas áreas, tratándose de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, deben seguirse las pautas establecidas en los artículos 1.3.1.7 y 1.3.2.2 y el título I, capítulo 3, sección 1.3.7. de la Resolución CRA 151 de 2001.

Una vez verificada la existencia de los motivos que permiten la constitución de un área de servicio exclusivo y culminado en forma satisfactoria el proceso de licitación respectivo, quien quiera prestar el servicio en el área licitada, tendrá que acreditar que fue el ganador del proceso y, por ende, el suscriptor del respectivo contrato con el ente municipal o distrital competente. En este caso, ningún otro prestador, durante el término de vigencia del ASE, podrá prestar el mismo servicio concesionado en competencia.

ii) La segunda situación, se presenta cuando un prestador de servicios públicos requiere infraestructura municipal para desarrollar sus labores, entendiendo por esta la que ha sido adquirida con recursos del municipio, o que habiendo sido construido con recursos de terceros ha sido cedida a un ente territorial. En dicho caso, el prestador podrá acceder a la misma a través de distintas modalidades contractuales (contratos de operación especializada, contratos de aporte bajo condición, contratos de administración, etc.), los cuales se consideran contratos especiales, a la luz de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, que señala:

“Artículo 39. Contratos Especiales. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

(...)

39.3. Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar

un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban.

(...)"

Dichos contratos, en todo caso, deben celebrarse previo el trámite de un proceso de selección objetiva, adelantado de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, el cual es del siguiente tenor literal:

"Artículo 31. Régimen de la contratación. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

(...)

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."

De acuerdo con la norma citada, los contratos celebrados entre entes territoriales y prestadores de servicios públicos domiciliarios (de cualquier orden y sin excepción), deben regirse para todos los efectos por el Estatuto General de la Contratación Pública. En ese contexto, si un prestador requiere de infraestructura municipal para adelantar sus actividades, deberá esperar a que el municipio o distrito organice la respectiva licitación pública, en la que puedan participar en igualdad de condiciones todos los prestadores interesados.

iii) La tercera excepción, que es exclusiva de los servicios de agua potable y saneamiento básico, se refiere al evento en que un municipio prestador directo, una empresa industrial y comercial del Estado o una empresa de servicios públicos oficial, se ve obligada a entregar la prestación de los servicios a su cargo a un tercero, previo adelantamiento de un proceso licitatorio, por el incumplimiento de los indicadores de eficiencia y demás criterios a que se refiere la Resolución CRA 781 de 2016.

ii) Áreas de Prestación del Servicio (APS).

En cuanto a la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, la misma se realiza a través de áreas de prestación del servicio (APS). Estas áreas se encuentran definidas en cada una de la Resoluciones que establecen las metodologías tarifarias para grandes^[10] y pequeños^[11] prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, consagradas en las Resoluciones CRA 688 de 2014 y 825 de 2017, respectivamente.

Conforme a la resolución CRA 688 de 2014 (grandes prestadores), las APS son definidas en el artículo 3, así:

"Área de Prestación del Servicio – APS: Corresponde a las áreas geográficas del municipio en las cuales la persona prestadora proporciona los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado cubiertas por su infraestructura existente, más aquella planificada en su Plan de Obras e Inversiones Regulado – POIR."

Así las APS deben ser definidas por los grandes prestadores del servicio, en concordancia con los Planes de Ordenamiento Territorial (POT) y con los Planes Maestros de Acueducto y Alcantarillado (PMAA) y reportada al municipio correspondiente. Para el efecto, el prestador deberá definir la APS conforme a lo señalado en el artículo 7 de la Resolución CRA 688 de 2014, el cual en uno de sus apartes señala:

“...Dicha definición consistirá en la presentación de un mapa geo-referenciado con el listado de coordenadas adjunto de los puntos que definen el polígono del APS, el cual deberá presentarse en el sistema de referencia MAGNA-SIRGAS SIRGAS o el sistema de coordenadas oficial que se encuentre vigente, delimitando exactamente el área en la cual cada persona prestadora prestará los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, y dentro de la cual se compromete a cumplir los estándares de servicio establecidos en la presente resolución, así como a expedir la certificación de viabilidad y disponibilidad de estos servicios públicos domiciliarios de acuerdo con el Decreto 3050 de 2013 o la norma que lo modifique, adicione o derogue.

Parágrafo 1. El APS que definan las personas prestadoras en ningún caso podrá ser menor al área en la que presta los servicios antes de la aplicación de la presente resolución.

Parágrafo 2. Es responsabilidad del municipio garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en aquellas áreas que no sean reportadas como APS por ningún prestador.

Parágrafo 3. Las personas prestadoras deberán expedir la certificación de viabilidad y disponibilidad de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado de su APS y establecerá su concordancia con el POIR y la infraestructura existente.”

Por su parte, la Resolución CRA 825 de 2017 (pequeños prestadores) en su artículo 3, define las APS como:

“Área de prestación del servicio - APS: Corresponde a las áreas geográficas del municipio y/o distrito en las cuales las personas prestadoras proveen los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.”

Al igual que para grandes prestadores, la APS debe ser definida por el prestador del servicio en cada municipio y/o distrito que atienda y deberá ser reportada a estos. Así, en el caso en que el prestador atienda más de un municipio y/o distrito, deberá ser definida un APS por cada uno, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la citada Resolución.

No obstante, para el caso de pequeños prestadores, según lo definido en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Resolución CRA 825 de 2017, los prestadores podrán definir APS diferentes para cada servicio únicamente en tres casos a saber:

“(...

(i) Cuando sólo presten uno de los dos servicios públicos domiciliarios,

(ii) Cuando atiendan suscriptores del servicio público domiciliario de alcantarillado que no sean suscriptores del servicio de acueducto porque disponen de fuentes alternas de abastecimiento, o

(iii) Cuando atiendan suscriptores del servicio público domiciliario de acueducto, pero estos dispongan de soluciones particulares de vertimientos que cumplan con los criterios ambientales establecidos por las autoridades competentes.

(...)”

CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto, se procede a dar respuesta a los interrogantes presentados:

1. “1) El área de prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, es asignada por alguna entidad nacional o territorial?”

Conforme a lo expuesto, la prestación de servicios públicos se sujeta a un principio de libertad de entrada, por lo que no existe asignación de áreas para los prestadores por parte de entidades nacionales o territoriales.

Estas áreas son definidas por los mismos prestadores, quienes deberán definirlas en cada municipio y/o distrito y reportarlas a estos, según se establece para grandes y pequeños prestadores en las resoluciones CRA 688 de 2014 (art. 7) y 825 de 2017 (art. 5), respectivamente.

2. “2) Es posible que el área de prestación de servicios de acueducto y alcantarillado declarada previamente por un prestador, se intercepte con el área de prestación de servicios de otro u otros prestadores de servicios públicos de acueducto y alcantarillado?”

La regulación de la CRA, no establece restricción expresa para que en una misma área geográfica coexistan dos o más prestadores de los servicios de acueducto y alcantarillado. Dado lo anterior, tal coexistencia dependerá de la aprobación de tarifas que se haga por parte de la citada comisión reguladora.

No obstante, para pequeños prestadores en punto a las tarifas, deberá verificarse lo señalado sobre el particular en los parágrafos 2 y 4 del artículo 5 de la Resolución CRA 825 de 2017.

3. “3) Un prestador de servicios públicos de acueducto y alcantarillado, puede tener múltiples áreas de prestación de estos servicios, distribuidas en el territorio nacional?”

Un prestador de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, puede desarrollar su actividad en diferentes zonas del país, lo cual se acompaña con los mandatos constitucionales y legales relativos a la libertad de entrada y al libre ejercicio de la actividad económica.

4. “4) Qué entidad puede expedir una certificación de áreas de prestación de servicios de acueducto y alcantarillado exclusivas en el territorio nacional?”

Conforme a lo señalado en los artículos 1.3.7.6 y 1.3.7.7 de la Resolución CRA 151 de 2001, para que las entidades territoriales puedan celebrar contratos que incluyan cláusulas sobre áreas de servicio exclusivo, se deberán acreditar las condiciones señaladas en el artículo 1.3.7.6., que serán verificadas por la CRA, a través de un estudio de factibilidad técnica, económica y financiera del área de servicio exclusivo que deberá allegar el ente territorial, conforme a los requisitos señalados en el artículo 1.3.7.7, ibídem.

Así la Comisión de regulación, se pronunciará en un término de 40 días hábiles, contados a partir de la fecha de recibo de la documentación completa, establecida como requisito del estudio de factibilidad.

De esta forma, se considera que pese a que no es un aspecto específico en la normativa, la certificación de la existencia de un área de servicio exclusivo (ASE) en una área geográfica determinada, podrá ser expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA., atendiendo a que será esta la que realizará la verificación de las condiciones y motivos que justifiquen la existencia de un ASE.

5. “5) Qué entidad puede expedir una certificación de las áreas de prestación de servicios de acueducto y alcantarillado que han sido declaradas por un prestador específico de estos servicios?”

Cada prestador de los servicios de acueducto y alcantarillado, deba definir el área geográfica en la que pueda prestar sus servicios, en los términos definidos por las Resoluciones CRA 688 de 2014 y 825 de 2017, según se trate de grandes o pequeños prestadores, respectivamente. De igual forma, deberá ser reportada al municipio y/o distrito por cada prestador.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la dirección electrónica <https://www.superservicios.gov.co/?q=normativa>, donde encontrará la normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,

ANA KARINA MÉNDEZ FERNÁNDEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Radicado 20205290159702

TEMA: LIBERTAD DE ENTRADA – ÁREA DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO

2. “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”.
3. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
4. “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”
5. “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”
6. “Regulación integral de los servicios públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo”
7. “Por la cual se establece la metodología tarifaria para las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado con más de 5.000 suscriptores en el área urbana”
8. “Por la cual se establece la metodología tarifaria para las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado que atiendan hasta 5.000 suscriptores en el área urbana y aquellas que presten el servicio en el área rural independientemente del número de suscriptores que atiendan.”
9. Los permisos y licencias a que se refieren los artículos 25 y 26 de la Ley 142 de 1994, tampoco son actos de formalización o habilitación en estricto sentido, en la medida que tales normas se refieren a permisos, licencias o concesiones para el uso de aguas, permisos ambientales y sanitarios que se requieran para el desarrollo de una actividad, y licencias y permisos de construcción que atiendan los Planes de Ordenamiento de los territorios en donde se presten los servicios.
10. Prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado con más de 5.000 suscriptores en el área urbana.
11. Prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado que atienden hasta 5.000 suscriptores en el área urbana y aquellas que presten el servicio en el área rural independiente del número de suscriptores que atiendan.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.