



CONCEPTO 619 DE 2016

(25 mayo)

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Ref. Su solicitud de concepto(1)

Respetado señor Amaya.

Se basa el objeto de estudio en atender lo siguiente:

“ a) Los literales b) del artículo 6, f) y g) del artículo 7 y b) del artículo 20 que corresponde a la ley 1625 del 2013, dispone; “(...)” pregunto: ¿En qué eventos de índole administrativo, operativo o subsidiario las Áreas Metropolitanas legalmente pueden crear Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios o prestar directamente los Servicios Públicos Domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo?.

b) Una empresa de servicios públicos domiciliarios operadora de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo actualmente cumple los índices de calidad y cobertura del servicio a sus usuarios. Por razones de cualquier índole se induce a sus usuarios desvincularse masivamente, acción que atenta contra la situación financiera de la empresa de servicios públicos domiciliarios. Pregunto: ¿La E.S.P. de este caso puede impedir legalmente la desvinculación masiva de esos usuarios en el entendido que ella presta de manera eficiente sus servicios?”

Antes de cualquier pronunciamiento sobre el particular, es preciso señalar que el presente documento se formula con el alcance previsto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el Artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, toda vez que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en respuesta a una petición en la modalidad de consulta, constituyen orientaciones y puntos de vista que no comprometen o responsabilizan a la Entidad, pues no tienen carácter obligatorio, ni vinculante.

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en el párrafo primero(2) del artículo 79 de la Ley 142 de 1994(3), modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001(4) esta Superintendencia no puede exigir, en ningún caso, que los actos o contratos de una empresa de servicios públicos se sometan a aprobación previa suya.

Lo anterior podría configurar extralimitación de funciones, así como la realización de actos de coadministración a sus vigiladas.

Ahora bien, en orden a atender su consulta, procede traer a colación lo expuesto por esta Oficina Asesora Jurídica mediante Concepto SSPD 185 de 2012, al referir:

“(…). En el nivel territorial coexisten diferentes personas jurídicas de derecho público, las cuales obedecen a lógicas distintas de organización.

Unas corresponden a la organización política del Estado (las entidades territoriales), algunas a la descentralización por servicios (entidades descentralizadas) y otras al resultado de la asociación entre entidades territoriales (asociaciones de municipios, áreas metropolitanas y regiones administrativas y de planificación) y todas ellas cuentan con su propia personalidad jurídica, la cual apareja consigo el reconocimiento de autonomía administrativa, autoridades y patrimonio propios.

Lo anterior ha sido ratificado por la Corte Constitucional(8), la cual al referirse a las áreas metropolitanas señaló:

“Por lo tanto, el criterio de organización política del Estado (C.P., art. 1º) no puede emplearse para concluir, como lo hace el demandante, que las únicas personas jurídicas de derecho público en el nivel territorial son las entidades territoriales, es decir los departamentos, distritos y municipios, por cuanto, como se indica, la Constitución permite que en el orden territorial se organicen personas jurídicas de derecho público, de naturaleza administrativa y diferentes a las entidades territoriales. Es el caso, por ejemplo, de las entidades descentralizadas territoriales, las asociaciones de municipios y las áreas metropolitanas.” (Subrayado fuera del texto original).”

Frente a las facultades y competencias de las Áreas Metropolitanas, el artículo 6° de la Ley 1625 de 2013 “Por la cual se deroga la Ley Orgánica 128 de 1994 y se expide el Régimen para las Áreas Metropolitanas”, establece:

“ARTÍCULO 6o. COMPETENCIAS DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS. Son competencias de las Áreas Metropolitanas sobre el territorio puesto bajo su jurisdicción, además de las que les confieran otras disposiciones legales, las siguientes:

(...)

b) Racionalizar la prestación de servicios públicos a cargo de los municipios que la integran, y si es del caso, prestar en común algunos de ellos; podrá participar en su prestación de manera subsidiaria, cuando no exista un régimen legal que regule su prestación o cuando existiendo tal regulación, se acepte que el área metropolitana sea un prestador oficial o autorizado;

(...).” (Subrayas fuera de texto).

En adición, el artículo 20 ibídem dispone:

“ARTÍCULO 20. ATRIBUCIONES BÁSICAS DE LA JUNTA METROPOLITANA. La Junta Metropolitana tendrá las siguientes atribuciones básicas:

(...)

b) En materia de racionalización de la prestación de los servicios públicos:

1. Autorizar, cuando a ello hubiere lugar, la participación en la prestación de servicios públicos de manera subsidiaria, siempre que la regulación legal del respectivo servicio público así lo prevea o autorice.

2. Autorizar la participación en la constitución de entidades públicas, mixtas o privadas destinadas a la prestación de servicios públicos, cuando las necesidades de la región así lo ameriten;

(...).” (Subrayas fuera de texto).

De conformidad con los antecedentes normativos propuestos, se tiene que las áreas metropolitana como entidades administrativas de derecho público dotadas de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propios, se encuentra plenamente facultada para autorizar su participación en empresas de servicios públicos de naturaleza privada, mixta o pública, cuando quiera que así lo considere necesario.

De otra parte, la prestación de servicios públicos de forma subsidiaria por parte de un área metropolitana, quedó sujeta a la autorización legal para el efecto, ante lo cual procede recordar, que el régimen de servicios públicos establecido en la Ley 142 de 1994, establece en sus artículos 5 a 8, las competencias que acuden a los municipios, departamentos y la Nación respecto de la prestación de servicios públicos.

Bajo ese escenario legal, la competencia residual o subsidiaria en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo y distribución y comercialización de energía eléctrica reposa en cabeza de los municipios.

Así las cosas, cabe concluir que a la luz del marco legal actual, las Áreas Metropolitanas pueden participar en la creación de empresas de servicios públicos de cualquier naturaleza, efecto para el cual no se requiere autorización adicional al ejercicio de las facultades con que haya sido investida; sin embargo, no pueden asumir la prestación directa de los servicios públicos.

De otra parte, en cuanto a la segunda consulta planteada, es de señalar que la prestación de los servicios públicos en todo el territorio nacional es una actividad enmarcada en la libre competencia económica, excepto en aquellos casos en que se hayan establecido áreas de servicio exclusivo, restringiendo así la entrada de nuevos prestadores al mercado, y siempre con el propósito de garantizar la cobertura a las personas más necesitadas.

De acuerdo con lo expuesto, estando en libre competencia por el mercado, un prestador es libre de buscar su ingreso a un territorio atendido por otro prestador para competir con éste en igualdad de condiciones o bajo los presupuestos del respeto a las normas que previenen contra la competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia.

Ahora bien, su consulta no es clara respecto de los hechos bajo los cuales se está “induciendo” a los usuarios de un determinado prestador a cambiarse a una empresa distinta, pero conviene recordar que la libre elección del prestador es uno de los derechos más representativos de los usuarios en el régimen de servicios públicos(5).

Al respecto, tanto la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, como la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, han expedido normas regulatorias en orden a garantizar a los usuarios dicho derecho a cambiar de prestador, guardando en cada caso particular y dependiendo del servicio, ciertos presupuestos, como el encontrarse a paz y salvo con el prestador actual o garantizar el pago de sus acreencias con éste antes de cambiarse a otro prestador, haber satisfecho el término de permanencia mínima pactada, garantizar que exista ya un nuevo prestador que asuma el servicio, entre otras.

Corresponde entonces al prestador que está siendo objeto de peticiones por parte de sus usuarios para dar por terminados sus contratos y trasladarse a otro prestador, evaluar las conductas de su competidor y las actuaciones desplegadas por éste en orden a capturar a estos usuarios, en busca de eventuales actos contrarios a la libre competencia, de competencia desleal o prácticas restrictivas que puedan ser investigadas y punibles a la luz de dicho ordenamiento legal y en instancia de la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, como autoridad nacional de competencia.

En ausencia de esta clase de conductas, mientras el usuario cumpla con los presupuestos regulatorios para el cambio de prestador, no puede el actual proveedor del servicio, oponerse ni conculcar el derecho de sus usuarios para elegir a su competidor.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la siguiente dirección: <http://basedoc.superservicios.gov.co>. Ahí encontrará normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, en particular los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,

YOLANDA RODRÍGUEZ GUERRERO

Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

Proyectó: Luis María Padilla Camacho – Asesor Oficina Asesora Jurídica.

Revisó: Luis Javier Benavides Paz – Coordinador Grupo de Conceptos.

NOTAS AL FINAL:

1. Radicado SSPD 20165290481972

Tema: Áreas Metropolitanas no son prestadoras directas de servicios públicos pero sí puede conformar Empresas de Servicios Públicos.

2. PARÁGRAFO 1o. En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya. El Superintendente podrá, pero no está obligado, visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite.

3. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

4. Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994.

5. Ley 142 de 1994, Artículo 9, Numeral 9.2

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