CONCEPTO 742 DE 2014

(8 septiembre)

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Ref. Su solicitud concepto[1]

Se solicita concepto jurídico en relación con las siguientes inquietudes:

"1. Teniendo en cuenta que la administración municipal ha llevado agua casa a casa a todos los usuarios de acueducto, a través del vehículo contratado con el cuerpo de bomberos voluntarios del municipio de Los Santos, desde el acueducto del municipio de Piedecuesta hasta Los Santos, le solicitamos nos informe si de alguna forma se puede realizar alguna clase de cobro a los usuarios del acueducto, por medio de la facturación por este concepto.

2. Por otra parte, siendo la situación en que el servicio de acueducto solo se pueda prestar dos días a la semana, queremos tener claridad sobre el cobro o no cobro del servicio debido a la continuidad presentada.

3. Sobre el cargo fijo, queremos tener claridad en si se debe cobrar o no respecto a la situación presentada.

4. Como anteriormente se explicó, desde el 12 de julio hasta el 5 de agosto de 2014, el agua se llevó a las casas por medio de carrotanque, el lapso de tiempo comprendido entre estas fechas, se puede realizar algún cobro, al menos por el concepto del cargo fijo."

Antes de suministrar una respuesta a sus inquietudes, es preciso advertir que el presente documento se formula con el alcance previsto en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[2], 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 la responsabilidad de la Entidad ni tienen carácter obligatorio ni vinculante.

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en el parágrafo primero[3] del artículo 79 de la Ley 142 de 1994[4], modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001[5] esta Superintendencia no puede exigir que los actos o contratos de las empresas de servicios públicos se sometan a su aprobación, pues de hacerlo se podría configurar una extralimitación de funciones, así como la realización de actos de coadministración a sus vigiladas.

En tal virtud, tanto las preguntas como las respuestas, deben darse en forma que puedan predicarse de cualquier asunto en circunstancias similares, razón por la cual no puede esta Oficina entrar a resolver situaciones particulares que puedan ser objeto de conocimiento posterior por parte de la Superintendencia.

Efectuadas las anteriores precisiones, esta Oficina Asesora Jurídica atenderá los interrogantes de manera general, de forma tal que las consideraciones aquí esbozadas puedan predicarse de cualquier situación semejante.

Inicialmente es importante indicar, que se entiende por servicio público domiciliario, aquel que reciben las personas en su domicilio o lugar de trabajo y que sirve para satisfacer las necesidades básicas de bienestar y salubridad de la población, los cuales, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 142 de 1994, son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y gas combustible.

Por su parte, el numeral 22 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, señala que el servicio público de acueducto o servicio público domiciliario de agua potable, es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición, cuyas actividades complementarias son la captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

Al respecto es importante señalar, que para poder realizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios, debe existir una infraestructura que permita el acceso de los mismos al domicilio de los usuarios y/o suscriptores, mediante redes físicas o humanas con puntos terminales en los lugares donde habitan o laboran los usuarios, bajo la regulación, control y vigilancia del Estado, a cambio del pago de una tarifa previamente establecida, cuyo objeto es la satisfacción de sus necesidades básicas de bienestar y salubridad, como lo señala la norma.

A su vez, el numeral 17 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 señala, que la red local, es el conjunto de redes o tuberías que conforman el sistema de suministro del servicio público a una comunidad, de la cual se derivan las acometidas de los inmuebles, circunstancia que es corroborada por el artículo 8 del Decreto 302 de 2000, modificado por el Decreto 229 de 2002, cuando determina la necesidad de la existencia de una infraestructura para la prestación del servicio.

De conformidad con lo señalado, para que el servicio público llegue al domicilio del usuario o suscriptor, es necesario que el inmueble posea la acometida del servicio, esto es, la derivación de la red local del servicio respectivo, que llega hasta el registro de corte del inmueble, o registro de corte general en edificios de propiedad horizontal o condominios, como lo señala el numeral 1° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, siendo este el lugar donde se encuentra el instrumento de medición que permite medir el consumo y, por ende, determinar el precio a pagar por el servicio.

Contrario sensu, existen otros mecanismos de provisión de agua, tales como el suministro de agua en carro tanques, pilas públicas o mangueras, y en estos casos, aunque se trate de agua apta para el consumo humano, no se puede hablar de la prestación del servicio de acueducto a que alude la ley, ya que para que esto ocurra, deben coexistir los elementos señalados en la disposición previamente referida, esto es la red, la conexión y la medición.

Es importante señalar que existen dos figuras diferentes al servicio público de acueducto, cuales son, la distribución de agua (el usuario obtiene el agua a través de carrotanque o manguera) y el suministro de agua potable (figura contractual entre dos empresas: una provee el agua y la otra la suministra a los usuarios del servicio), las cuales como ya se indicó, adolecen de la infraestructura necesaria para catalogarse como servicio público domiciliario, dada la ausencia de conexión y medición.

Sobre el particular es importante precisar, que la Resolución CRA 608 de 2012, regula los contratos de suministro de agua y de interconexión asociados a la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, estableciendo en su artículo 1°, los requisitos generales que deberán ser observados por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado para acordar contratos de suministro de agua potable y de interconexión de acueducto y/o alcantarillado, señalando la metodología para determinar la remuneración correspondiente.

Este contrato de suministro de agua no constituye un contrato de servicios públicos, en tanto que no es celebrado entre la empresa y el usuario, sino que es acordado entre personas que tienen la condición de empresa.

Ahora bien para el caso consultado y de acuerdo con lo manifestado en el escrito pertinente, se puede inferir que el municipio cuenta con la infraestructura necesaria para permitir el acceso del servicio al domicilio de los usuarios y/o suscriptores, servicio que fue interrumpido por el término aproximado de veinte (20) días, por la ocurrencia de un fenómeno natural como es la sequía.

Sobre el particular esta Oficina Asesora Jurídica ha emitido diversos pronunciamientos, entre ellos el contenido en el Concepto SSPD-OAJ-2012-394, el cual procedemos a ratificar de la siguiente forma:

"…El concepto de falla en la prestación del servicio se encuentra plasmado en el artículo 136 de la Ley 142 de 1994:

"**Artículo 136. Concepto de falla en la prestación del servicio.** La prestación continua de un servicio de buena calidad, es la obligación principal de la empresa en el contrato de servicios públicos. El incumplimiento de la empresa en la prestación continua del servicio se denomina, para los efectos de esta Ley, falla en la prestación del servicio. (…)". (Subrayas fuera de texto).

Resulta claro del texto normativo, que la continuidad y la calidad del servicio son premisas inherentes a la prestación del mismo y constituyen la obligación principal de las empresas encargadas de proveer dicho servicio.

El incumplimiento de dicha obligación presupone en favor de los usuarios, las siguientes posibilidades de acuerdo con el artículo 137 de la precitada Ley 142 de 1994: La resolución del contrato o continuar con el cumplimiento del contrato sujeto a las siguientes reparaciones:

"137.1. **A que no se le haga cobro alguno por conceptos distintos del consumo, o de la adquisición de bienes o servicios efectivamente recibidos, si la falla ocurre continuamente durante un término de quince (15) días o más, dentro de un mismo período de facturación**. **El descuento en el cargo fijo opera de oficio por parte de la empresa.**"

“137.2. A que no se le cobre el servicio de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos, si en cualquier lapso de treinta días la frecuencia de recolección es inferior al cincuenta por ciento (50%) de lo previsto en el contrato para la zona en la que se halla el inmueble.”

“137.3. A la indemnización de perjuicios, que en ningún caso se tasarán en menos del valor del consumo de un día del usuario afectado por cada día en que el servicio haya fallado totalmente o en proporción a la duración de la falla; mas el valor de las multas, sanciones o recargos que la falla le haya ocasionado al suscriptor o usuario; mas el valor de las inversiones o gastos en que el suscriptor o usuario haya incurrido para suplir el servicio.

La indemnización de perjuicios no procede si hay fuerza mayor o caso fortuito.

No podrán acumularse, en favor del suscriptor o usuario, el valor de las indemnizaciones a las que dé lugar este numeral con el de las remuneraciones que reciba por las sanciones impuestas a la empresa por las autoridades, si tienen la misma causa”.

De los artículos trascritos resulta claro que las previsiones frente a las reparaciones por falla en la prestación del servicio están sujetas, en el caso de los descuentos en el servicio, **cobro de los consumos y del cargo fijo, a que la falla se prolongue continuamente por un periodo igual o superior a 15 días.** En el caso de la indemnización de perjuicios, se encuentra sujeta a que no existan causales de fuerza mayor o caso fortuito como generadores de la falla.

En ese orden de ideas, **es de entenderse también que la falla en la prestación del servicio se predica aún como resultado de la ocurrencia de fuerza mayor o caso fortuito, y es por ello también que la Ley prevé que en esos eventos de falla generada por fuerza mayor o caso fortuito no procede la indemnización de perjuicios, pero si proceden las reparaciones contenidas en los numerales 137.1 y 137.2 del artículo 137 de la Ley 142 de 1994.**

En esos términos, al igual que en cualquier otra clase de contrato del cual se deriven obligaciones de dar o hacer, en el contrato de servicios públicos es predicable que el incumplimiento de la empresa frente a la calidad y continuidad del servicio pueda ser ocasionado por la ocurrencia de

circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, lo cual no implica que no haya existido la falla en el servicio.

Sin embargo, es de especial importancia considerar que, al igual que en cualquier actuación judicial o administrativa que se derive del incumplimiento de un contrato y sus obligaciones, así como de la regulación, el Juez o la Autoridad administrativa de conocimiento deberá examinar la existencia de dicho evento de fuerza mayor o caso fortuito para establecer la responsabilidad del agente o de la parte incumplida, en la ocurrencia de dichos incumplimientos.

Por otra parte resulta necesario, en orden a evitar confusión respecto de lo ya expuesto, transcribir y analizar lo establecido en el artículo 139 de la Ley 142 de 1994:

"**Artículo 139. Suspensión en interés del servicio**. No es falla en la prestación del servicio la suspensión que haga la empresa para:

139.1. Hacer reparaciones técnicas, mantenimientos periódicos y racionamientos por fuerza mayor, siempre que de ello se dé aviso amplio y oportuno a los suscriptores o usuarios.

139.2. Evitar perjuicios que se deriven de la inestabilidad del inmueble o del terreno, siempre que se haya empleado toda la diligencia posible, dentro de las circunstancias, para que el suscriptor o usuarios pueda hacer valer sus derechos."

Como puede apreciarse, el artículo 139 refiere de manera específica a la suspensión en interés del servicio, la cual tiene los siguientes supuestos:

La suspensión es un acto o decisión voluntaria de la empresa. De dicha decisión de suspensión debe darse aviso amplio y oportuno a los suscriptores o usuarios.

La decisión de suspender el servicio por parte de la empresa debe atender a la necesidad de efectuar reparaciones técnicas, mantenimientos periódicos, racionamientos por fuerza mayor, o evitar perjuicios que pudieran derivarse de la inestabilidad del inmueble o del terreno.

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se tienen las siguientes definiciones relacionadas con racionamiento:

Racionamiento.

1. m. Acción y efecto de racionar.

Racionar.

1. tr. Someter algo en caso de escasez a una distribución ordenada.

2. tr. Limitar el consumo de algo para evitar consecuencias negativas. Te voy a racionar el dulce.

3. tr. Mil. Distribuir raciones o proveer de ellas a las tropas. U. t. c. prnl.

Como puede evidenciarse, tanto la suspensión del servicio como el acto de racionar, implican una decisión de la empresa que puede estar sustentada en la ocurrencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, como ocurrió en el año 1993 cuando se procedió al racionamiento del servicio de energía eléctrica en el país como consecuencia del fenómeno del Niño que provocó la escasez de agua para generación hídrica.

En virtud de lo expuesto resulta claro que no puede confundirse la decisión empresarial de suspender el servicio para efectuar un racionamiento como consecuencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito (artículo 139 Ley 142 de 1994), con la falla en la prestación del servicio que se deriva de un evento de fuerza mayor o caso fortuito.

En el primer caso, el evento de fuerza mayor o caso fortuito no genera la suspensión del servicio, sino que ésta se origina en la decisión del prestador de racionar el servicio, es decir, distribuir ordenadamente, limitar para evitar consecuencias negativas.

En el segundo caso, el evento de fuerza mayor o caso fortuito genera que el servicio no se preste de manera continua y con la calidad del servicio debidas, a cargo de la empresa.

En conclusión, los artículos 136 y 137 de la Ley 142 de 1994 comprenden la configuración de la falla en la prestación del servicio como consecuencia de la ocurrencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, y además prevén que frente a dicha falla proceden únicamente las reparaciones establecidas en los numerales 137.1 y 137.2 del artículo 137 ibídem…”

De conformidad con lo señalado, el municipio debe entrar a analizar la situación presentada, para efectos de dar aplicación a las normas mencionadas, ya que como se indicó previamente, en cuanto al cobro del servicio público domiciliario de acueducto, este debe ser realizado por el prestador, atendiendo las previsiones legales establecidas para el efecto, y en cuanto a la ocurrencia de una situación irregular, como es la contemplada en el artículo 136 de la Ley 142 de 1994, el prestador debe proceder de igual manera, es decir, acatando los presupuestos normativos establecidos en el Régimen.

En el mismo sentido y con relación a los interrogantes planteados en la consulta, esta Oficina procede a ratificar lo manifestado en el Concepto SSPD-OAJ-2013-232, en el cual se manifestó:

"…En consecuencia, para que el servicio público llegue al domicilio del usuario o suscriptor, es necesario a su vez, que el inmueble posea la acometida del servicio; es decir, la "Derivación de la red local del servicio respectivo que llega hasta el registro de corte del inmueble. En edificios de propiedad horizontal o condominios, la acometida llega hasta el registro de corte general", en atención a que así lo define el numeral 14.1. del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 y es el lugar donde se encuentra el instrumento de medida, que permite, valga la redundancia, medir el consumo y, en consecuencia, determinar el precio a pagar por el servicio.

De esta manera, tal como lo señaló esta Oficina Asesora Jurídica[(6)], **"la prestación del servicio de agua en carro tanques, pilas públicas o mangueras, así se trate de agua apta para el consumo humano, no se encuentra dentro del esquema de prestación de acueducto que señala la ley, ya que no corresponde a una red, siendo inexistente la conexión y medición, elementos que hacen parte de la definición del servicio público domiciliario de acueducto".**

En cuanto a la recuperación de los costos que eventualmente estas actividades puedan generar para los prestadores de servicios públicos, es necesario aclarar que el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, establece los criterios que deben seguir las Comisiones de Regulación para definir el régimen tarifario; es decir que, con base en ellos, se deben desarrollar las metodologías tarifarias para garantizar que la remuneración del servicio prestado cubra todos los costos eficientes y una rentabilidad razonable.

En ese sentido, conforme las funciones y facultades generales de las Comisiones de Regulación, consagradas en el artículo 73 ibídem éstas

"...podrán definir metodologías de carácter general para la determinación de tarifas si convienen en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada..." (art. 88.1). La aplicación del principio de libertad regulada contemplado por la Ley 142 de 1994 supone entonces que la Comisión de Regulación respectiva "...fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor...". (art. 14.10 ibídem).

Ahora bien, teniendo en cuenta que los prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo se encuentran bajo el régimen de libertad regulada, **son ellos quienes calculan y aprueban sus tarifas** y, en consecuencia, ni la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ni la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA-, pueden modificarlas o señalar los costos adicionales que eventualmente puedan incluirse en ellas, en la medida que la determinación de las tarifas le corresponde a las empresas de servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con los estudios elaborados para tal efecto, atendiendo en todo caso los lineamientos metodológicos establecidos por la CRA.

Sin perjuicio de lo anterior y en concordancia con el mencionado artículo 87, para los servicios de acueducto y alcantarillado, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, emitió la Resolución CRA 287 de 2004, por medio de la cual se establece la metodología tarifaria para regular el cálculo de los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, como una combinación entre un cargo fijo y un cargo por consumo.

Ahora bien, si como producto de cambios climáticos u otras razones establecidas por la empresa, éstas deciden modificar su estructura de costos, por ejemplo para incluir cambios en costos administrativos u operativos o por inversiones requeridas, deberá surtirse el procedimiento establecido en la Resolución CRA 271 **de 2003**, el cual señala en su artículo 2 que:

"Las fórmulas tarifarias establecidas para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, así como los costos económicos de referencia resultantes de su aplicación, **sólo pueden ser modificados por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico mediante resolución**, con base en alguna de las siguientes causales:

a) Acuerdo entre la persona prestadora y la Comisión para modificar o prorrogar las fórmulas tarifarias y/o los costos económicos de referencia resultantes de su aplicación;

b) De oficio o a petición de parte, cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa;

c) De oficio o a petición de parte, por razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la persona prestadora para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas;

d) De oficio, cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad o abusos con los usuarios del sistema, o cuando las personas prestadoras incurran en prácticas restrictivas de la competencia y en general cualquier violación a los principios que orienten el régimen tarifario."

Por lo anterior, para efectos de una posible modificación de tarifas con el fin de recuperar los costos de transporte de agua en cisternas o carrotanques, el prestador deberá analizar tal posibilidad a la luz de la regulación señalada anteriormente.

No obstante, es importante tener en cuenta que la prestación del servicio en carrotanques debe ser una situación excepcional y no la regla general en la prestación del servicio…" (Negrilla fuera del texto)

Con fundamento en lo esbozado y teniendo en cuenta que el artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994, dispone que es función de esta Superintendencia, vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados, así como sancionar sus violaciones, copia del presente documento será remitido a la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, para que de considerarlo procedente, inicie la actuación administrativa pertinente.

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: www.superservicios.gov.co/basedoc/. Ahí encontrará normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios y en particular los conceptos emitidos por esta entidad.,

Cordialmente,

MARINA MONTES ÁLVAREZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

c.c. Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo.

Proyectó: Yolanda Rodríguez Guerrero – Asesora Oficina Asesora Jurídica

NOTAS AL FINAL:

1. Radicado 20145290443082

Tema: AGUA EN CARROTANQUE. Subtemas: Medidores. Cardo fijo.

2. Ley 1437 de 2011.

3. PARÁGRAFO PRIMERO: 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. .

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

5. "Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994".

6. Concepto SSPD-OAJ-209 de 2012

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