



CONCEPTO 735 DE 2021

(noviembre 1)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Ref. Solicitud de concepto^[1]

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1369 de 2020^[2], la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superservicios es competente para "...absolver las consultas jurídicas externas relativas al régimen de 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

La consulta elevada contiene una serie de preguntas relativas a (i) los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, y (ii) la solicitud de disponibilidad del servicio por el constructor en un municipio, frente a la posición dominante de un prestador. Las preguntas serán transcritas y resueltas en el acápite de conclusiones.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Constitución Política de Colombia

Código de Comercio

Ley 142 de 1994^[5]

Decreto 1077 de 2015^[6]

Ley 1537 de 2012^[7]

CONSIDERACIONES

Dado que la consulta busca dilucidar aspectos relativos con una situación jurídica particular, se considera preciso recordar que los conceptos que emite esta Oficina Asesora Jurídica son de carácter general, lo que quiere decir que los mismos constituyen orientaciones que no comprometen la responsabilidad de la Superintendencia, ni tienen carácter obligatorio ni vinculante, siendo que se emiten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, introducido por sustitución por la Ley 1755 de 30 de Junio de 2015.

De igual forma y en referencia al régimen de actos y contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, cabe recordar que esta Superintendencia carece de competencia frente a la revisión previa de los actos y contratos de sus vigilados, en atención a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, que sobre el particular señala: “Párrafo 1° En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya (...)”. De hacerlo, esta Superintendencia podría incurrir en una extralimitación de funciones, así como la realización de actos de coadministración a sus vigilados.

Efectuadas las anteriores precisiones, es importante señalar que los artículos 333 y 365 de la Constitución Política, determinan que se garantizará el acceso a los servicios públicos domiciliarios a todas las personas, y por lo tanto, a las personas interesadas en prestarlos, siendo aplicable para el efecto, el principio de la libertad de competencia, el cual es desarrollado por los artículos 10^[8] y 22^[9] de la Ley 142 de 1994.

En efecto, a través de esta disposición, el legislador estableció la libertad para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, indicando que no se requiere de un permiso o habilitación previa por parte de las autoridades para desarrollar el objeto social de quien así lo desea. Por lo tanto, cualquier persona de las señaladas en los artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994, puede prestar estos servicios en cualquier lugar del territorio nacional, para lo cual deberán disponer del uso de los recursos naturales, obteniendo los permisos, licencias y concesiones requeridos, en los términos del artículo 25, 26 y 39 numeral 1, de la Ley 142 de 1994; lo anterior, salvo en las áreas de servicio exclusivo previamente establecidas, en los términos del artículo 40^[10] ibídem.

En línea con lo expuesto y con respecto a la libre elección de los prestadores, encontramos que el numeral 9.2 del artículo 9 de la Ley 142 de 1994, establece dentro de los derechos de los usuarios, el siguiente:

“9.2. la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización.”

Ahora, es de advertir que, por cuestiones técnicas, económicas o de infraestructura, es posible que en algunos municipios o distritos solo exista un prestador de un servicio público domiciliario. En este sentido, y conforme con lo dispuesto en los artículos 73 y 133 de la Ley 142 de 1994, serán las comisiones de regulación las encargadas, en cumplimiento de sus funciones, de **regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos**, cuando la competencia no sea, de hecho posible; mientras que en los demás casos, deberán **promover la competencia entre quienes presten servicios públicos**, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.

Por lo expuesto, y si las condiciones económicas, técnicas y de infraestructura lo permiten, puede cualquier otro prestador, de los citados en los artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994, efectuar la prestación de los servicios públicos domiciliarios, ya que las disposiciones citadas, establecen un principio de libertad económica y libre empresa o libertad de entrada para la prestación de los servicios aludidos.

Ahora, en cuanto hace referencia al urbanizador, es importante traer a colación lo dispuesto en el Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015, el cual en su artículo 2.3.1.2.4, señala:

“ARTÍCULO 2.3.1.2.4. Viabilidad y disponibilidad inmediata de servicios públicos para proyectos de urbanización. Los prestadores de los servicios públicos de acueducto y/o alcantarillado dentro de las áreas del perímetro urbano, **están en la obligación de expedir la certificación de viabilidad y disponibilidad inmediata de los mencionados servicios cuando le sean solicitadas.**

En la viabilidad y disponibilidad inmediata de servicios públicos se establecen las condiciones técnicas para conexión y suministro del servicio, las cuales desarrollará el urbanizador a través del diseño y construcción de las redes secundarias o locales que están a su cargo. Una vez se obtenga la licencia urbanística, el urbanizador responsable está en la obligación de elaborar y someter a aprobación del prestador de servicios públicos los correspondientes diseños y proyectos técnicos con base en los cuales se ejecutará la construcción de las citadas infraestructuras. La ejecución de los proyectos de redes locales o secundarias de servicios públicos las hará el urbanizador en tanto esté vigente la licencia urbanística o su revalidación.

Entregadas las redes secundarias de servicios públicos, corresponde a los prestadores su operación, reposición, adecuación, mantenimiento, actualización o expansión para atender las decisiones de ordenamiento territorial definidas en los planes de ordenamiento territorial o los instrumentos que lo desarrollen o complementen.

El urbanizador está en la obligación de construir las redes locales o secundarias necesarias para la ejecución del respectivo proyecto urbanístico y la prestación efectiva de los servicios de acueducto y alcantarillado. En estos casos el prestador del servicio deberá hacer la supervisión técnica de la ejecución de estas obras y recibir la infraestructura. Cuando el proyecto se desarrolle por etapas este recibo se dará a la finalización de la correspondiente etapa.

En el evento en que el urbanizador acuerde con el prestador hacer el diseño y/o la construcción de redes matrices, el prestador está en la obligación de cubrirlos o retribuirlos.

En ningún caso las empresas prestadoras podrán exigir los urbanizadores la realización de diseños y/o construcción de redes matrices o primarias.” (Negrilla fuera de texto).

A su turno el artículo 2.3.1.2.5 ibídem, señala que “Los prestadores de los servicios públicos de acueducto y/o alcantarillado deberán decidir sobre la solicitud de viabilidad y disponibilidad inmediata de los mencionados servicios, dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la fecha de recepción de la solicitud presentada por el interesado. En todo caso ante la falta de respuesta se podrá acudir a los mecanismos legales para la protección del derecho de petición”, lo que permite inferir, que será el prestador del servicio público domiciliario a quien le corresponderá resolver la solicitud que le presente el urbanizador, sobre la viabilidad y disponibilidad del servicio, pudiendo este último acudir a lo dispuesto en la Ley 1755 de 2015, en lo relacionado con la presentación de peticiones respetuosas a las autoridades.

Por su parte, el artículo 2.3.1.2.6, del mismo decreto, señala:

“Artículo 2.3.1.2.6. Prestación efectiva de los servicios para predios ubicados en sectores urbanizados.

Los prestadores de los servicios públicos de acueducto y/o alcantarillado tienen la obligación de suministrar efectivamente los servicios a los predios urbanizados y/o que cuenten con licencia de construcción. Para el

efecto, deberán atender las disposiciones de ordenamiento territorial y adecuar su sistema de prestación a las densidades, aprovechamientos urbanísticos y usos definidos por las normas urbanísticas vigentes, sin que en ningún caso puedan trasladar dicha responsabilidad a los titulares de las licencias de construcción mediante la exigencia de requisitos no previstos en la ley. El titular de la licencia de construcción deberá solicitar su vinculación como usuario al prestador, la cual deberá ser atendida en un término no mayor a quince (15) días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud.

PARÁGRAFO. Para el efecto de lo dispuesto en el presente artículo, los prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado deben articular sus planes de ampliación de prestación del servicio, sus planes de inversión y demás fuente de financiación, con las decisiones de ordenamiento contenidas en los planes de ordenamiento territorial y los instrumentos que los desarrollen y complementen, así como con los programas de ejecución de los planes de ordenamiento contenidos en los planes de desarrollo municipales y distritales”.

Como se observa, esta disposición reitera la obligación para el titular de la licencia de construcción, de solicitar al prestador del servicio público domiciliario su vinculación como usuario, siendo importante resaltar que, si el prestador de los servicios públicos de acueducto y/o alcantarillado, señala que no cuenta con la disponibilidad del servicio, esta negativa será informada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en los términos del artículo 2.3.1.2.7. del decreto aludido, el cual señala:

“**Artículo 2.3.1.2.7. Trámite ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD).** En caso de que el prestador de los servicios públicos de acueducto y/o alcantarillado le comunique al peticionario la no disponibilidad inmediata del servicio, la persona prestadora deberá remitir dentro de los cinco (5) días siguientes a su negativa, copia de la misma comunicación a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, adjuntando los análisis que sustenten tal decisión y demás soportes.

La negativa del prestador a otorgar la viabilidad y disponibilidad inmediata deberá ser motivada desde el punto de vista técnico, jurídico y económico, y soportada debidamente con los documentos respectivos, teniendo en cuenta dentro de los elementos de análisis, lo contenido en el plan de obras e inversiones del respectivo prestador y los planes de ordenamiento territorial.

En el evento en que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no encuentre probados los argumentos del prestador para la negativa de la disponibilidad inmediata de servicio, en el acto administrativo que así lo establezca, ordenará al prestador el otorgamiento de dicha viabilidad y disponibilidad. En caso de que la empresa incumpla con el otorgamiento de la viabilidad y disponibilidad, el expediente se remitirá al funcionario competente de la SSPD para efectos de que imponga las sanciones a que haya lugar.

En caso de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios encuentre probados los argumentos del prestador, así deberá consignarlo en el respectivo acto administrativo, el cual deberá ser comunicado al solicitante y al ente territorial para los efectos establecidos en el artículo 50 de la Ley 1537 de 2012, así como para dar cumplimiento a las inversiones previstas en materia de servicios públicos en los programas de ejecución de los planes de ordenamiento territorial.

La actuación que adelante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se surtirá de conformidad con lo previsto en la Ley 142 de 1994 y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

CONCLUSIONES

A continuación, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, se dará repuesta a cada una de las preguntas formuladas, así:

“1. ¿Un urbanizador, para el desarrollo de un proyecto de vivienda, está en la obligación de solicitar la disponibilidad inmediata para la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado, exclusivamente ante el prestador de dicho servicio que ostenta la posición dominante en el municipio donde se ubica el proyecto, o puede decidir libremente el prestador de dichos servicios?”

En virtud del principio de libertad de entrada, consagrado de forma expresa en los artículos 10 y 22 de la Ley 142 de 1994, cualquier prestador debidamente constituido y organizado, que haya adoptado cualquiera de las formas señaladas en el artículo 15 ibídem, no requiere de permiso para desarrollar su objeto social, lo que permite colegir que, en un municipio, pueden prestar el mismo servicio público varios prestadores.

En los términos de los artículos 2.3.1.2.4., 2.3.1.2.5 y 2.3.1.2.6. del Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015, los urbanizadores no solo deben solicitar a un prestador de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, el otorgamiento de la disponibilidad de los mismos, sino que, adicionalmente, deben solicitar su vinculación como usuario de estos. La norma no determina que tales solicitudes deban efectuarse a un prestador específico, así que será el urbanizador el encargado de determinar a quién eleva tales solicitudes, en el evento de que exista pluralidad de prestadores de estos servicios.

No sobra señalar que, frente a la negativa de disponibilidad del servicio, será necesario surtir el trámite del artículo 2.3.1.2.7. del Decreto 1077 de 2015 ante esta Superintendencia, la cual, de acuerdo con lo que determine al analizar el tema, podrá aprobar o improbar los argumentos del prestador y, en el evento en que no los apruebe, le ordenará el otorgamiento de la viabilidad y disponibilidad inmediata del servicio.

“2. La posición dominante o el monopolio que tenga un determinado prestador del servicio público de acueducto y alcantarillado en un municipio determinado, ¿Representa alguna restricción para la libre prestación por otros prestadores en ese mismo mercado y para la libre elección del prestador de dicho servicio por parte del usuario?”

3. La posición dominante o el monopolio que tenga un determinado prestador del servicio público de acueducto y alcantarillado en un municipio determinado, ¿Le representa alguna prelación al momento en que un urbanizador deba solicitar la disponibilidad para la prestación de dichos servicios en un nuevo proyecto de vivienda?”

Legalmente no existe ninguna restricción para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, ya que de hecho los artículos 333 y 365 de la Constitución Política, señalan que en los servicios públicos domiciliarios se aplica el principio de libre competencia, el cual fue desarrollado por los artículos 10 y 22 de la Ley 142 de 1994, estableciendo la libertad de entrada a las personas señaladas en los artículos 15 y 17 ibídem, esto es, sin que se requiera de un título o permiso otorgado por las autoridades, que los habilite para hacerlo.

De ahí que, cualquiera de las personas señaladas en los artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994, puedan prestar tales servicios en cualquier lugar del territorio nacional, obteniendo para ello, las concesiones, permisos y/o licencias requeridas para el inicio de la operación, en los términos del artículo 25, 26 y 39 numeral 1, de la ley 142 de 1994; salvo, en el evento de que existan áreas de servicio exclusivo,

En línea con lo expuesto, el numeral 9.2 del artículo 9 de la Ley 142 de 1994, establece que, dentro de los derechos de los usuarios, se encuentra el de “9.2. la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización”, es decir que, para los efectos de la viabilidad y disponibilidad del servicio, podrán acudir al prestador de estos servicios que consideren más conveniente.

“4. Si en un municipio, el servicio de acueducto y alcantarillado viene siendo prestado por una empresa de servicios públicos como único prestador y otra ESP desea ampliar su zona de operación a dicho municipio porque cuenta con los recursos físicos (hídricos, etc.), técnicos y económicos para tal fin, ¿el nuevo prestador

tiene alguna restricción para prestar sus servicios en nuevos proyectos de vivienda, ante la presencia dominante del prestador incumbente?

5. En el mismo escenario mencionado en el numeral anterior, ¿los desarrolladores de nuevos proyectos de vivienda tienen alguna obligación de solicitar la prestación de los citados servicios exclusivamente al operador incumbente?”

Al respecto es importante señalar que, la restricción establecida legalmente para la prestación de un servicio público por parte de un prestador debidamente constituido, se presenta frente a la existencia de áreas de servicio exclusivo, ya que, en tales casos, solamente podrán efectuar la prestación del mismo, aquellos prestadores del servicio a quienes se les han adjudicado tales áreas.

Ahora bien, en cuanto a las solicitudes de viabilidad y disponibilidad inmediata del servicio y la posterior conexión del mismo, es de precisar que las solicitudes pertinentes, deben efectuarse a las empresas de servicios públicos que estén prestándolos en el ente territorial en el que se encuentre ubicado el proyecto de construcción. En este sentido, y reiterando lo indicado en las respuestas anteriores, el urbanizador determinará ante cual prestador elevará tales solicitudes, en el evento de que exista pluralidad de prestadores de estos servicios.

“6. Finalmente, también en el mismo escenario mencionado en los puntos anteriores, ¿cuáles son los requisitos que debe cumplir una empresa de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado para ampliar su área de prestación del servicio a otros municipios en donde existe un operador incumbente?”

Como se indicó, en materia de servicios públicos domiciliarios, existe libertad para la prestación de los mismos, ya que no se requiere de un permiso o título habilitante para desarrollar el objeto social de quien así lo desea, por lo tanto es totalmente factible que cualquier persona de las señaladas en los artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994, pueda prestar estos servicios en cualquier lugar del territorio nacional, salvo en las áreas de servicio exclusivo previamente establecidas (arts. 40 y 174, Ley 142 de 1994), ya que en tal caso, se encontrará restringida la posibilidad de prestarlos en un espacio territorial específico.

En este sentido, es claro que un prestador puede ampliar su campo de prestación de estos servicios a otros municipios, para lo cual deberá tener en cuenta la infraestructura, permisos o licencias ambientales adicionales que requiera, entre otros aspectos técnicos propios de cada servicio público domiciliario.

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/consulta-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: 20215292340182

TEMA: VIABILIDAD Y DISPONIBILIDAD INMEDIARA DE LOS SERVICIOS.

Subtemas: Libertad de entrada

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. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio."
7. "Por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones".
8. "**ARTÍCULO 10. LIBERTAD DE EMPRESA.** Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley."
9. "**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, según la naturaleza de sus actividades."
10. "**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 domiciliar de gas combustible por red y distribución domiciliar de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, 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."

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