



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20171330408021

Fecha: 08/05/2017

CJ-F-001 V.1

Página 1 de 6

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2017-302

Ref. Su solicitud de Concepto¹

Se basa la consulta objeto de estudio en resolver diversas inquietudes en relación con la aplicación de diversos apartes de la Ley 1682 de 2013, por parte de prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.

Antes de cualquier pronunciamiento sobre su solicitud, es preciso señalar que el presente documento se enuncia con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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.

De acuerdo con lo anterior, las respuestas dadas a las consultas elevadas ante esta Oficina Asesora Jurídica, se presentan de manera general respecto del problema jurídico planteado, en el marco de sus competencias y sin posibilidad de resolver conflictos de orden particular.



C014/5927

1

Radicado 20175290186092

TEMA: INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE -LEY 1682 DE 2013.

Subtemas. Aplicación por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.



C014/5927

Sede principal. Carrera 18 nro 84-35, Bogotá D.C. Código postal: 110221
PBX (1) 691 3005. Fax (1) 691 3059 - sspd@superservicios.gov.co
Línea de atención (1) 691 3006 Bogotá. Línea gratuita nacional 01 8000 91 03 05
NIT: 800.250.984 6

www.superservicios.gov.co - sspd@superservicios.gov.co

Por otra parte, el párrafo primero² del artículo 79 de la Ley 142 de 1994³, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001⁴, indica con claridad que esta Superintendencia no puede exigir que los actos o contratos de las empresas de servicios públicos se sometan a su previa aprobación, ya que el ámbito de su competencia en relación con estos, se contrae de manera exclusiva a vigilar y controlar el cumplimiento de aquellos que se celebren entre las empresas y los usuarios, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994).

Obrar en sentido contrario, podría conllevar una extralimitación de funciones, así como la realización de actos de coadministración de los prestadores vigilados.

Teniendo en consideración las anteriores precisiones, nos pronunciaremos en torno a las inquietudes planteadas, en el mismo orden en que fueron presentadas, así:

"Al respecto, se solicita a la Oficina Asesora Jurídica su concepto sobre si la Ley 1682 de 2013 en el párrafo 4 del artículo 48 (...) contradice la valoración de los activos establecida en el artículo 10 del Decreto 2649 de 1993 y los criterios de medición aceptados que son el valor histórico, el valor actual, el valor de realización y el valor presente." y si "Por lo tanto, la aplicación de esta ley haría incurrir al prestador de servicios públicos de naturaleza pública en un detrimento patrimonial de los activos que se trasladen, protejan o reubiquen y una pérdida de valor para los usuarios en las inversiones que hayan sido pagadas con el componente de inversiones de las tarifas de los servicios públicos."

En relación con esta primera inquietud, debe dejarse en claro que no es función de esta Superintendencia la de censurar las normas legales expedidas por el Congreso de la República, ni mucho menos la de establecer posibles discordancias entre normas legales y reglamentarias, máxime si se tiene en cuenta que las primeras tienen una mayor jerarquía que las segundas, que por tanto se consideran subordinadas de aquellas.

Dicho lo anterior, es importante considerar que el párrafo 4 del artículo 48 de la Ley 1682 de 2013, es una norma legal especial que se encuentra actualmente vigente, y que debe ser aplicada tanto por autoridades como por particulares, hasta tanto la misma sea modificada, derogada o sustituida por otra norma legal, o hasta que la Corte Constitucional, en desarrollo de sus funciones, declare su inexecutable total, parcial o condicionada. La citada norma, señala lo siguiente:

² 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.

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".

Artículo. 48. Procedimiento para la protección, reubicación o traslado de activos y redes. Cuando una entidad pública responsable de un proyecto de infraestructura de transporte identifique la necesidad de trasladar, reubicar o proteger, entre otros, redes o activos de servicios públicos, de la industria del petróleo, o de tecnologías de la información y las comunicaciones, deberá:

(...) Parágrafo 4°. Una vez finalizado el traslado, la protección o reubicación de la red o activo el prestador y/u operador deberá reportar a la Comisión de Regulación correspondiente y a la Superintendencia o al Ministerio de Minas y Energía para el caso de activos de petróleo, la descripción del proyecto con el listado de activos involucrados para que sean tenidos en cuenta los efectos tarifarios presentes o futuros cuando a ello haya lugar. En estos casos, la inversión a reconocer al prestador u operador por las nuevas redes o activos trasladados, protegidos o reubicados no podrá ser superior a la inversión reconocida, que no haya sido pagada o amortizada vía tarifa, por las redes o activos originales."

En torno a si dicha disposición puede o no causar detrimentos patrimoniales o daños al prestador, no es competencia de esta Superintendencia entrar a determinarlos, por lo que en caso de que estos se presenten, deberá ser el prestador quien los cuantifique y la entidad pública responsable del proyecto de infraestructura de transporte quien los compense, para lo cual se podrá llegar a acuerdo entre las partes, o someter la diferencia que se presente al conocimiento del juez competente, para que este sea quien determine lo pertinente.

En todo caso, consideramos importante advertir que en principio, el numeral 4° de la norma en cita dispone que "...la entidad pública responsable del proyecto de infraestructura de transporte o quien haga sus veces podrá suscribir acuerdos con el prestador u operador en los que se defina **diseño, costo, construcción y demás condiciones** para realizar la protección, el traslado o reubicación de redes y activos a cargo del operador", de lo que se infiere que alcanzado un acuerdo y asumido el costo de protección, traslado o reubicación de las redes por parte de la entidad responsable del proyecto de transporte, no habría lugar a que dichos costos sean trasladados nuevamente a cargo de los usuarios, pues ello no resultaría eficiente.

De igual forma, debe tenerse en cuenta la previsión que contiene el numeral 4° citado, en caso que no sea posible llegar a un acuerdo entre las partes, y según la cual:

"(...) De no llegarse a un acuerdo, sobre los costos y tiempo de ejecución, en un término de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la entrega de los diseños, la entidad pública responsable del proyecto de infraestructura de transporte o quien haga sus veces, podrá realizar la protección, el traslado o

reubicación de las redes y/o activos bajo su propia cuenta, de conformidad con la normatividad técnica vigente, y deberá garantizar que el activo a proteger, trasladar o reubicar cumpla con las mismas condiciones técnicas que el activo o red original, de conformidad con la información suministrada por el operador o prestador. De no ser posible, con las condiciones técnicas equivalentes que prevea la normatividad técnica sectorial vigente, el reglamento técnico del prestador y/o las reglamentaciones internacionales aplicables según corresponda para cada sector, que garanticen la prestación del servicio.

Una vez realizado el traslado o reubicación, el prestador u operador deberá disponer de las redes o activos desmantelados y la entidad pública responsable del proyecto de infraestructura de transporte o quien haga sus veces hará entrega de la red o activo trasladados o reubicados a su respectivo propietario, para lo cual se suscribirán los documentos a que haya lugar. El prestador u operador estará en la obligación de recibir la red o activo trasladado o reubicado.(...)" (Negrillas y subrayas propias)

En este caso, si la inversión asociada a la protección, traslado y reubicación de activos es asumida por la entidad pública responsable del proyecto de transporte, con mayor razón no será posible trasladar al usuario costos de inversión en los que no haya incurrido el prestador, pues la tarifa, por definición, permite la remuneración de los costos en los que se efectivamente se incurra, además de garantizar una remuneración para el prestador como empresario.

"Teniendo en cuenta que el artículo 49 la Ley 1682 de 2013, establece que "(...) no se podrá solicitar u obtener remuneración alguna por costos que han sido recuperados o que se encuentren previstos dentro de la regulación sectorial vigente" se solicita a la Oficina Asesora Jurídica su concepto sobre si es posible en la regulación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado recuperar los costos señalados en el artículo en mención."

Tal como usted lo señala en su consulta, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Resolución CRA 688 de 2014, adicionada por la Resolución CRA 735 de 2015, rige en materia de recuperación de inversiones para el sector de acueducto y alcantarillado, el principio de pertinencia.

Este principio, en tratándose de obras que deban acometerse por exigencias de un proyecto de infraestructura de transporte, en opinión de esta Oficina si se cumpliría, puesto que tales obras deberían realizarse por exigencia de la Ley y con el objetivo de garantizar la continuidad del servicio. Dado lo anterior, consideramos que adecuadamente sustentados, los citados proyectos podrían ser incluidos en el Grupo 3 de los proyectos del servicio público domiciliario de acueducto, que según el artículo 50 de la Resolución CRA 688 de 2014, se compone de "(...) todos los demás proyectos de

acueducto incluidos en el POIR. Es responsabilidad del Representante Legal de la persona prestadora identificar las inversiones en el POIR que se requieren para mitigar los riesgos que puedan comprometer la continuidad del servicio"

Lo anterior, en el entendido que dada la exigencia legal de realizar las obras de protección, traslado o reubicación de redes, su no realización afectaría, sin duda, la continuidad del servicio.

Dado lo anterior, y en opinión de esta Oficina, tales inversiones podrían hacer parte del Plan de Obras e Inversiones Regulado POIR.

Lo expuesto, sujeto por supuesto, a la revisión por parte de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico de la solicitud de modificación tarifaria correspondiente en el POIR, de acuerdo con el procedimiento definido en las Resoluciones CRA 271 de 2003 y CRA 783 de 2016.

"La Ley 1682 de 2013 establece en el numeral 4 del artículo 48 lo siguiente: (...)

Si bien la ley 1682 de 2013 establece que el prestador suministre los diseños de la red o activo a trasladar no es posible para un prestador de servicios públicos de naturaleza pública cumplir dicha solicitud ya que la regulación vigente no establece actualmente la remuneración tarifaria de dichos costos ni se establecen las fuentes de financiación para la elaboración de los diseños requeridos.

Por otra parte, el término perentorio de 2 meses para suministrar los diseños de la red o activo a trasladar es un término que no toma en cuenta los tiempos de contratación del personal que elabore los diseños ni la complejidad de los diseños a desarrollar y los trabajos de campo que sean requeridos. Fijar por ley los tiempos de elaboración de diseños se sale de la lógica de la práctica de ingeniería para la elaboración de diseños ya que cada caso es particular. Por lo anterior, un prestador no puede cumplir los términos del artículo arriba señalado en todos los casos.

Finalmente, las inversiones requeridas por infraestructura de transporte que impacta los activos de un prestador de servicios públicos de naturaleza pública pueden ser inversiones que el prestador no necesita ni tiene contemplado en su plan de inversiones pero que son requeridas por la entidad externa que lleva a cabo el proyecto de infraestructura. En este caso se constituiría también en un detrimento patrimonial el hacer diseños que el prestador de servicios públicos de naturaleza pública no necesita sino que vienen"

En relación con este tercer punto, no se identifica en su contenido una consulta sino una censura de la Ley 1682 de 2013, en la medida que el solicitante considera que

dicha Ley (i) desconoce que la financiación de estudios y diseños de reubicación no ha sido contemplada en la regulación tarifaria sectorial, (ii) atenta contra la lógica técnica al establecer términos que no se compadecen con los requeridos para adelantar estudios de ingeniería, y (iii) genera detrimento patrimonial, en tratándose de prestadores públicos, en la medida que les impone costos no recuperables y que no son requeridos para garantizar la prestación del servicio.

En torno a tales motivos de censura ha de reiterarse que no corresponde a esta Superintendencia pronunciarse sobre ellos, dado que la competencia en materia de control de constitucionalidad de las leyes, recae en exclusiva en la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en nuestra Carta Política.

En todo caso, y tal como lo señalamos en nuestras anteriores respuestas creemos que (i) las partes involucradas en una situación como la que se expone (entidad pública responsable de un proyecto de infraestructura y prestador de servicios públicos domiciliarios), pueden llegar a acuerdos sobre el valor de los estudios y sobre quién debe asumirlo, lo que podría relevar al prestador de tener que soportar dicha carga, (ii) que dado que los mismos surgen de una exigencia legal, creemos que podrían ser incluidos en el POIR como inversiones requeridas para garantizar la continuidad del servicio, sujeto a la revisión de la CRA, y (iii) que en principio, y salvo mejor consideración de los entes de control fiscal competentes, no podría considerarse como detrimento patrimonial la realización de un gasto que tiene como origen la orden dada por el legislador, sobre un tema determinado, tema este último que, en cualquier caso, no es de nuestro resorte competencial.

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 ALVAREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Andrés David Ospina Riaño – Asesor Grupo de Conceptos