

RESOLUCIÓN CRA 781 DE 2016

(diciembre de 21)

Diario Oficial No. 50.095 de 22 de diciembre de 2016

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico

Por la cual se determinan los indicadores de eficiencia y criterios cuyo incumplimiento dará lugar a que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA ordene a los municipios la entrega de la prestación del servicio a un tercero, en el marco de lo establecido en el numeral 15 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las conferidas por las Leyes 142 de 1994, los Decretos 1524 de 1994, 2882 y 2883 de 2007 y 1077 y 2412 de 2015, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia dispone que la atención del saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado y que corresponde a este organizar, dirigir y reglamentar la prestación de este conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad;

Que el artículo 365 ibídem prevé que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber del mismo asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional;

Que, con fundamento en el mismo artículo constitucional, los servicios públicos domiciliarios estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley y que el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios;

Que el artículo 370 del Ordenamiento Constitucional, establece que corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios;

Que el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, establece que el señalamiento de esas políticas, se podrá delegar en las Comisiones de Regulación;

Que, en virtud de lo anterior, el Presidente de la República mediante Decreto 1524 de 1994, delegó las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios, en las Comisiones de Regulación;

Que, dentro de los fines de intervención del Estado en los servicios públicos, se encuentra la prestación eficiente de los mismos, en los términos previstos en el artículo 2º de la Ley 142 de 1994;

Que el artículo 3º de la Ley 142 de 1994 preceptúa que constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos, todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley, especialmente las relativas, entre otras, a la gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios, así como la regulación de la protección de los servicios públicos teniendo en cuenta las características de cada región, fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario;

Que de conformidad con el artículo 73 ibídem *“Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de 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”*;

Que el numeral 73.15 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, señala que es función de la Comisión de Regulación *“Determinar cuando una empresa oficial, pública o un municipio, que preste en forma directa los servicios no cumple los criterios e indicadores de eficiencia que determine y ordenar al municipio la entrega de la prestación de los servicios a un tercero”*;

Que, en virtud de lo anterior, es competencia de esta Comisión de Regulación, determinar los criterios e indicadores de eficiencia cuyo incumplimiento daría lugar a que se ordene a las empresas oficiales y a los municipios prestadores directos de los servicios públicos de acueducto alcantarillado y aseo, la entrega de la prestación del servicio a terceros;

Que, a su turno, el inciso final del artículo 73 ibídem dispone que *"las comisiones, tendrán facultad selectiva de pedir información, amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, inclusive si sus tarifas no están sometidas a regulación..."*;

Que el Sistema Único de Información (SUI) contiene la información oficial reportada por lo prestadores y en tal sentido es la fuente de información para el ejercicio de las funciones de esta Comisión de Regulación;

Que de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, 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, se regirán para todos sus efectos, por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y en todo caso, la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007;

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 5° de la Ley 142 de 1994, es competencia de los municipios, en relación con los servicios públicos, asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto;

Que la prestación directa del servicio por parte de los municipios, es de carácter excepcional y sólo procede cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen lo cual se entiende que ocurre en los casos previstos en el artículo 6° de la Ley 142 de 1994;

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 142 de 1994, para cumplir la función social de la propiedad pública o privada, las personas prestadoras de servicios públicos, deben facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, a los bienes empleados para la prestación y organización de los servicios públicos;

Que el artículo 52 de la Ley 142 de 1994, dispone que las comisiones de regulación definirán los criterios, metodologías, indicadores, parámetros y modelos de carácter obligatorio que permitan evaluar la gestión y resultados de las personas prestadoras y establecerán las metodologías para clasificar las personas prestadoras, de acuerdo con el nivel de riesgo, características y condiciones;

Que conforme con el inciso tercero del artículo citado en el considerando anterior, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios deberá adoptar las categorías de clasificación respectivas que establezcan las comisiones de regulación y clasificar a las personas prestadoras sujetas a su control, inspección y vigilancia;

Que el párrafo del artículo 52 de la Ley 142 de 1994, prevé que las personas prestadoras de servicios públicos deberán tener un plan de gestión y resultados de corto, mediano y largo plazo que sirva de base para el control que se ejerce sobre ellas. Este plan deberá evaluarse y actualizarse anualmente, teniendo como base esencial lo definidos por las comisiones de regulación;

Que en concordancia con lo anterior, el numeral 79.11 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, dispone que la Superintendencia de Servicios Públicos tiene la función de evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las comisiones de regulación; publicar sus evaluaciones y proporcionar, en forma oportuna, toda la información disponible a quienes deseen hacer evaluaciones independientes;

Que el mencionado numeral 11 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 fue modificado por el artículo 87 de la Ley 1753 de 2015, facultando a la Superintendencia para imponer programas de gestión a las empresas que amenacen de forma grave la prestación continua y eficiente de un servicio, los cuales estarán basados en los indicadores de prestación y la información derivada de la vigilancia e inspección efectuadas a las mismas, cuyo incumplimiento podrá ser sancionado en los términos de esta ley;

Que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), estableció en la Resolución CRA 315 de 2005, las metodologías para clasificar las personas de acueducto, alcantarillado y aseo de acuerdo con un nivel de riesgo, teniendo en cuenta indicadores financieros y operativos;

Que el numeral 9 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 99 de la Ley 1450 de 2011, prevé que las entidades públicas podrán aportar bienes o derechos a las empresas de servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios y que en el presupuesto de la entidad que autorice el aporte, figure este valor;

Que el artículo 87 ibídem, preceptúa que el régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia;

Que el parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, señala que cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de servicios públicos domiciliarios, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos;

Que de conformidad con el artículo 1.3.5.2 de la Resolución CRA 151 de 2001, los contratos en los cuales las entidades oficiales transfieren la propiedad o el uso y goce de los bienes que destinan especialmente a prestar los servicios públicos, concesiones, arrendamiento o similares, en virtud de los cuales se transfiere la posibilidad para que el contratista preste total o parcialmente el servicio a usuarios finales a los que puede cobrar tarifas deben someterse al procedimiento de concurrencia de oferentes;

Que la orden de entrega a terceros prevista en el numeral 73.15 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 98 de la Ley 1151 de 2007; es una medida de intervención en la prestación del servicio a cargo de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, que se origina cuando las empresas oficiales, las empresas industriales y comerciales del Estado y los municipios prestadores directos incumplen los criterios e indicadores de eficiencia que determine la misma Comisión de Regulación, por lo que el tercero que entra a prestar el servicio debe mejorar tales indicadores que impliquen también el mejoramiento en la prestación del servicio en pro de la protección del mismo y de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios;

Que mediante la Resolución CRA 764 de 2016 se expidió para participación ciudadana el proyecto de Resolución *"Por la cual se presenta el proyecto de Resolución "por la cual se establece la entrega de la prestación del servicio a un tercero, en el marco de lo establecido en el artículo 73 numeral 15 de la Ley 142 de 1994", dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 2.3.6.3.3.9 del Decreto 1077 de 2015 y se inicia el proceso de discusión directa con los usuarios y agentes del sector"*, la cual fue publicada en el **Diario Oficial** 49.987 de 5 de septiembre de 2016, y se dio cumplimiento a lo establecido en el Decreto 1077 de 2015;

Que el plazo de participación ciudadana fue de 30 días hábiles (hasta el 14 de octubre de 2016), en el cual esta Comisión de Regulación recibió por correo electrónico, y por medio escrito, seis (6) comunicaciones con un total de cincuenta y cuatro (54) observaciones, reparos y sugerencias;

Que las observaciones recibidas fueron analizadas por parte de esta Comisión de Regulación con el fin de determinar su inclusión en la elaboración de la presente resolución;

Que según lo establecido en el artículo 7° de la Ley 1340 del 24 de julio de 2009 *"por medio de la cual se dictan normas en materia de protección a la competencia"*, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación que puedan incidir sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos, la Superintendencia de Industria y Comercio expidió la Resolución número 44649 del 25 de agosto de 2010, que establece un cuestionario para la evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos proferidos con fines regulatorios;

Que una vez resuelto el cuestionario se verificó que el presente acto administrativo no incide sobre la libre competencia en los mercados y se remitió a la Superintendencia de Industria y Comercio para su conocimiento;

Que, en mérito de lo expuesto, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico,

RESUELVE:

Artículo 1°. Ámbito de aplicación. La presente resolución es aplicable a las empresas de servicios públicos oficiales, a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a los municipios que prestan directamente los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo.

Parágrafo. Se exceptúan del ámbito de aplicación de la presente resolución:

- Los mercados regionales declarados por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, que se encuentren vigentes.

- Los prestadores que se encuentren prestando el servicio en áreas de servicio exclusivo.

- Los prestadores a los cuales la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios les hubiese impuesto un Programa de Gestión en los términos previstos en el numeral 11 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 y el mismo se encuentre vigente.

- Los prestadores que se encuentren en toma de posesión por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Artículo 2°. *Objeto.* Determinar los indicadores de eficiencia y criterios cuyo incumplimiento dará lugar a que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) ordene a los municipios la entrega de la prestación del servicio a un tercero, según la Clasificación del Nivel de Riesgo publicada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en cumplimiento de lo previsto en la Resolución CRA 315 de 2005 o aquella que la modifique, derogue o sustituya y señalar las condiciones para su materialización.

Artículo 3°. *Indicadores de eficiencia.* Para efectos de ordenar a los municipios la entrega de la prestación del servicio a un tercero, los indicadores de eficiencia sobre los cuales la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) verificará su cumplimiento, serán los indicadores agregados utilizados en la metodología de clasificación del nivel de riesgo, establecidos en los artículos 10, 11, 12, 13, 21, 22, 23 y 24 de la Resolución CRA 315 de 2005 o la que la modifique, derogue o sustituya.

Artículo 4°. *Criterios de verificación del cumplimiento de los indicadores de eficiencia.* La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), considerará que las personas prestadoras han incumplido con los indicadores a los que hace referencia el artículo anterior, cuando el nivel de riesgo calculado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) de acuerdo con lo definido en los artículos 14 y 25 de la Resolución CRA 315 de 2005 o la que la modifique, derogue o sustituya, sea alto para personas prestadoras con más de 2.500 suscriptores o III para personas prestadoras hasta con 2.500 suscriptores.

El acto administrativo por el cual se clasifique el nivel de riesgo de los prestadores será publicado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD).

De conformidad con el inciso segundo de artículo 21 de la Resolución CRA 315 de 2005 o aquella que la modifique, derogue o sustituya, las personas prestadoras que no reporten la información al Sistema Único de Información (SUI) de la SSPD, se clasificarán en el Nivel de Riesgo Alto.

Artículo 5°. *Periodicidad de la verificación del cumplimiento de los indicadores de eficiencia.* La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), con base en la información reportada por las personas prestadoras en el Sistema Único de Información (SUI) y los resultados de la clasificación de los niveles de riesgo obtenidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD), verificará anualmente el cumplimiento de los indicadores de eficiencia referidos en la presente resolución, a través del nivel de riesgo del prestador, respecto de los servicios de agua potable y saneamiento básico.

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) solicitará en el primer semestre de cada año a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD), el acto administrativo que contenga el reporte de la clasificación de niveles de riesgo de las personas prestadoras de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo.

Parágrafo. La primera verificación de los niveles de riesgo por parte de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico se realizará con los resultados de la clasificación de los niveles de riesgo publicada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) del año 2016.

Artículo 6°. *Resultado de la verificación.* Como resultado de la verificación a la cual se refiere el artículo anterior, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) señalará mediante acto administrativo que será publicado en el **Diario Oficial**, los prestadores con más de 2.500 suscriptores que se encuentran en nivel de riesgo alto y los prestadores hasta con 2.500 suscriptores que se encuentran en nivel de riesgo III y otorgará el término de dos (2) años continuos para que modifiquen su nivel de riesgo a medio o bajo o a II o I, respectivamente. El término señalado empezará a contarse a partir de su publicación. Dicho acto administrativo será igualmente comunicado a cada uno de los prestadores por parte de CRA.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) deberá informar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) los prestadores que, encontrándose en nivel de riesgo alto, les hubiese impuesto Programas de Gestión, así como los que llegare a imponer con posterioridad a la emisión del acto administrativo al que se refiere el inciso primero del presente artículo.

Una vez vencido el término de dos (2) años continuos al que se refiere el inciso primero del presente artículo, la CRA dará inicio a una actuación administrativa en los términos de la Ley 142 de 1994 y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tendiente a ordenar al municipio, emitir el acto de apertura de la Licitación Pública, con el fin de entregar la prestación del servicio a un tercero.

Artículo 7º. Actuación administrativa tendiente a ordenar la prestación del servicio a un tercero. La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), dadas las condiciones previstas en el presente acto administrativo, dará inicio a una actuación administrativa en los términos de la Ley 142 de 1994 y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tendiente a ordenar al municipio, emitir el acto de apertura de la Licitación Pública, con el fin de entregar la prestación del correspondiente servicio a un tercero.

El municipio deberá emitir el acto de apertura del proceso licitatorio dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del respectivo acto que así lo ordena, e incluirá en los estudios previos las razones por las cuales la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) ordenó iniciar el proceso, y establecerá los criterios tendientes a seleccionar al tercero que no se encuentre en nivel de riesgo alto, al que le entregará la prestación del servicio, para lo cual tendrá en cuenta como mínimo, los estándares e indicadores de eficiencia y calidad del servicio en la regulación. Dentro de la documentación que debe hacer parte de los estudios previos, debe incluirse como mínimo el estudio de costos vigente del prestador.

En dicho proceso de selección podrán participar las personas que están autorizadas para prestar servicios públicos, conforme lo prevé el artículo 15 de la Ley 142 de 1994. Los proponentes que no acrediten el nivel de riesgo exigido, podrán participar en el proceso de selección, previa acreditación de la celebración de un contrato con otro prestador de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo que no se encuentre en nivel de riesgo alto, en el cual este último se comprometa a operar el servicio en caso de resultar seleccionado, por el mismo tiempo de duración del contrato de entrega de la prestación del servicio;

El municipio deberá informar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la apertura del proceso licitatorio al cual hace referencia el presente artículo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la misma. En caso que el municipio no atienda la orden de abrir el proceso, la Comisión informará de tal hecho a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia y así mismo comunicará al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios para que adelante las investigaciones e imponga las sanciones a que haya lugar a las empresas de servicios públicos oficiales, a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a los municipios que prestan directamente los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo que dieron lugar a la medida.

Cuando el proceso licitatorio no finalice con la entrega de la prestación del servicio a un tercero, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico

solicitará al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios que tome las demás acciones a que haya lugar respecto del prestador objeto de la medida, dentro de las facultades otorgadas en el inciso 3° del numeral 6.4 del artículo 6° y 79 de la Ley 142 de 1994.

Parágrafo 1°. La orden de entrega de la prestación del servicio público domiciliario de acueducto se ampliará al servicio público domiciliario de alcantarillado, que se encuentre prestando la empresa de servicios públicos oficial, la Empresa Industrial y Comercial del Estado o el municipio que preste directamente los servicios, y viceversa. Para el servicio público de aseo, la orden de entrega de la prestación únicamente recaerá únicamente sobre dicho servicio.

Parágrafo 2°. En el evento en que la tarifa sea uno de los criterios base para la adjudicación del contrato, de acuerdo con el parágrafo 1° del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, el tercero deberá justificar las tarifas teniendo en cuenta la infraestructura utilizada y garantizar el cumplimiento de los criterios del régimen tarifario. En todo caso, dicha tarifa deberá atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96 de la Ley 142 de 1994 y el nuevo prestador del servicio podrá hacer uso de la facultad prevista en el numeral 7° del artículo 7° del Decreto 2883 de 2007.

Parágrafo 3°. En todo caso, la adjudicación que haga el municipio comprenderá las provisiones respecto del acceso a los bienes afectos a la prestación del servicio, así como sobre los bienes que serán aportados al nuevo prestador bajo condición.

Artículo 8°. *Apoyo de los departamentos*. Los departamentos podrán apoyar financiera, técnica y administrativamente a las empresas de servicios públicos que operen en el departamento, o a los municipios que hayan asumido la prestación directa, así como a las empresas organizadas con participación de la Nación o de los departamentos, para desarrollar las funciones de su competencia en materia de servicios públicos, en los términos previstos en el artículo 7° de la Ley 142 de 1994 y en el Decreto 2246 de 2012 o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

Artículo 9°. *Vigencia*. La presente resolución rige a partir de su publicación en el **Diario Oficial**.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D.C., a 14 de diciembre de 2016.

El Presidente,

Harold Guerrero López.

El Director Ejecutivo,

Julio César Aguilera Wilches