



SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

CONCEPTO 573 DE 2022

(septiembre 27)

Bogotá, D.C.,

Señora

XXXXXXXXXXXXX

Ref. Solicitud de concepto^ω

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1369 de 2020^ω, 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^(*), sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015^(*).

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

A continuación, se transcribe la consulta elevada, recibida por traslado efectuado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante Radicado N° 20222040297311 del 12 de agosto de 2022.

“(…) de la manera más atenta y respetuosa, les solicitamos por favor se nos brinde colaboración con un concepto jurídico sobre la viabilidad o no, de que ésta empresa, siendo de economía mixta y que su función principal es la de realizar la supervisión a través de una firma especializada al cumplimiento del Contrato de Operación suscrito entre (…) y (…) realice inversiones en los acueductos comunitarios de la zona rural del municipio de (...), que no hacen parte del Área de Prestación de Servicio – APS del Contrato de Operación.”

“sí en el evento de que la empresa quiera apoyar a la comunidad rural realizando pequeños aportes, como parte de nuestra responsabilidad social empresarial, en actividades relacionadas con: la limpieza de pozos sépticos, el mejoramiento de la infraestructura, la instalación de soluciones energéticas (paneles solares) para la reducción de los costos operacionales (Factura de energía eléctrica) de los pequeños acueductos comunitarios de la zona rural, entre otras actividades. Teniendo en cuenta que, la infraestructura de los acueductos y alcantarillados rurales en su gran mayoría son operadas y manejadas presupuestal y financieramente por la comunidad, por cuanto no hacen parte de los bienes del municipio ni de la empresa ¿cómo podría (…) realizar inversiones de éste tipo, sin que llegase se presenten contratiempos legales con las Entidades de Control?”

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley 142 de 1994⁽⁶⁾

Resolución CRA 943 de 2021⁽⁶⁾

Concepto Unificado 20 de 2010

CONSIDERACIONES

Previo a emitir un pronunciamiento sobre la consulta formulada, es necesario reiterar que, a través de la instancia consultiva, no es posible que esta Oficina se pronuncie sobre situaciones de carácter particular y concreto, motivo por el cual, se procederá a emitir un concepto de carácter general, sin que el mismo comprometa la responsabilidad de la Superintendencia o tenga carácter obligatorio o vinculante, ya que se emite conforme con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Una vez señalado lo anterior, es preciso mencionar que en lo referente al régimen de actos y contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, la Superservicios carece de competencia para pronunciarse sobre el particular, teniendo en cuenta lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, que al respecto señala: *“En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya (...)”*, ya que de hacerlo, se podría configurar una extralimitación de funciones, así como la realización de actos de coadministración a sus vigilados.

En este sentido, no es posible para esta Oficina emitir pronunciamientos relacionados con los actos y contratos de los prestadores de estos servicios, ni mucho menos revisarlos de forma previa, o verificar su legalidad, pues ello no solo excedería la facultad consultiva a su cargo, sino que adicionalmente, incurriría en las conductas irregulares ya señaladas, que como se indicó le están prohibidas legalmente.

No obstante, con el propósito de brindar alguna ilustración sobre los temas consultados, efectuaremos algunas consideraciones referentes al régimen de actos y contratos de los prestadores, no sin antes aclarar que, aquellos prestadores que se constituyen bajo la forma asociativa de *“Empresa de Servicios Públicos”*, esto es, la mencionada en el numeral 15.1 del artículo 15 de la ley 142 de 1994, deben hacerlo atendiendo lo dispuesto en el artículo 17 ibídem, es decir, acudiendo a las formas societarias de las sociedades por

acciones, las que en nuestra legislación corresponden a las Sociedades Anónimas, Sociedades en Comandita por Acciones y Sociedades por Acciones Simplificadas.

Por su parte, en referencia al origen del capital de los prestadores que se constituyen bajo esta forma empresarial, el artículo 14 de la ley en cita, los denomina de la siguiente manera:

“14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas, tienen el 100% de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas, tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7 Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.”

Al respecto es importante señalar que, cuando los aportes de capital pertenecientes a la Nación, o a las entidades territoriales, o a las entidades descentralizadas de aquella o éstas, son iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%), estaremos frente a una “*Empresa de Servicios Públicos Mixta*”, denominación que difiere de las denominadas “*Empresas de Economía Mixta*”, como bien lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007^m, en la que determinó que tanto su conformación, como su régimen jurídico son totalmente diferentes.

Ahora bien, una vez establecido lo anterior, es de anotar que los actos y contratos que celebran los prestadores de servicios públicos domiciliarios, se rigen por el derecho privado tal como lo determinan los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, que sobre el particular prescriben:

“Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

PARÁGRAFO. 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, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.”

“Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.” (Subrayas fuera del texto)

Conforme con lo indicado, la regla general en cuanto al régimen de contratación de los prestadores de servicios públicos domiciliarios es que aplica el régimen de derecho privado; sin embargo, de manera excepcional, y en cuanto la constitución política o la ley dispongan expresamente lo contrario, aplicará el régimen de contratación de la administración pública, ello independientemente de que su capital sea público, privado o mixto. Al respecto, esta Oficina mediante el Concepto Unificado 20 de 2010, manifestó:

“(…) 2. REGLA GENERAL EN MATERIA DE ACTOS Y CONTRATOS DE PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

De acuerdo con el artículo 32 de la ley 142 de 1994: “Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.” y “La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce”.

De modo que, para el análisis del régimen de actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, debe partirse de una regla general: aplica el “derecho privado”. Y sólo deben aplicarse las disposiciones de “derecho público” cuando así lo señale de manera expresa la misma ley 142 de 1994 o una disposición constitucional. Una de estas excepciones, por ejemplo, son los contratos a que se refiere el numeral 1 del artículo 39 de la ley 142 de 1994. (…)” (Subrayas fuera del texto)

Por su parte, y en cuanto a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, expidió la Resolución CRA 943 de 2021, a través de la cual efectuó la compilación de la regulación general de estos servicios, en cuyo Libro 1, Parte 4, consagra el régimen contractual de las personas prestadoras de los mismos, manifestando entre otros aspectos, lo siguiente:

“Artículo 1.4.1.1. Regla general en materia de contratación. De conformidad con lo establecido en los artículos 30 31 32 y 39 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos que celebren las personas prestadoras de servicios públicos se someten en cuanto a su formación, cláusulas y demás aspectos legales al régimen del derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley. (Resolución CRA 151 de 2001, art. 1.3.2.1)”.

“Artículo 1.4.1.2. Contratos que deben celebrarse por medio de licitación pública. Se someterán al procedimiento de licitación pública contenido en la Ley 80 de 1993, los siguientes contratos:

a) Los contratos que celebren las entidades territoriales que incluyan cláusulas por medio de las cuales se crea un área de servicio exclusivo, o los que tengan por objeto modificar algunas de las cláusulas de los contratos que hayan creado tales áreas, en el sentido de modificar el concesionario, las tarifas, el área, su tamaño, el programa de inversiones o el término de duración de la misma;

b) 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, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación. (Resolución CRA 151 de 2001, art. 1.3.2.2). (Modificado por Resolución CRA 242 de 2003, art. 1)”.

“Artículo 1.4.2.4 Procedimientos para otros contratos. Los demás contratos para los que no existe en esta resolución procedimiento señalado y que celebren las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, se ceñirán a lo dispuesto en los procedimientos que internamente determine la entidad, cumpliendo con el criterio de asegurar concurrencia de eventuales contratistas en igualdad de condiciones. (Resolución CRA 151 de 2001, art. 1.3.5.6)”.

Como se observa, estas disposiciones regulatorias de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, reiteran o dispuesto al respecto en la Ley 142 de 1994, contentiva del régimen básico de estos servicios, en el sentido de determinar que para la expedición de los actos y contratos de los prestadores, la regla general es la aplicación del régimen privado, mientras que solamente de forma excepcional, serán aplicables las normas que regulan la contratación pública.

Ahora bien, en este punto vale la pena traer a colación lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, que establece la posibilidad de que un prestador se asocie con otros prestadores de servicios públicos. Veamos:

“Artículo 18. Objeto. La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.

Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.

PARÁGRAFO. Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en empresas de servicios públicos. En el objeto de las comunidades organizadas siempre se entenderá incluida la facultad de promover y constituir empresas de servicios públicos, en las condiciones de esta Ley y de la ley que las regule. En los concursos públicos a los que se refiere esta Ley se preferirá a las empresas en que tales comunidades tengan mayoría, si estas empresas se encuentran en igualdad de condiciones con los demás participantes. (Subrayas fuera del texto)

Conforme con lo indicado, es factible que los prestadores de servicios públicos domiciliarios participen como socios de otros prestadores, es decir, se asocien con estos, así como todas las personas jurídicas interesadas en invertir en empresas de esta naturaleza, actuaciones que deberán adelantarse atendiendo el marco normativo vigente.

En esa medida es perfectamente posible que un prestador, en ejercicio de sus facultades, decida usar sus recursos disponibles en el desarrollo de cualquiera de las actividades contempladas en su objeto social, sin que para ello se requiera de la autorización de ningún ente externo, siempre que dicha decisión sea adoptada por el órgano de gobierno y representación, y atendiendo lo dispuesto para el efecto en los respectivos estatutos sociales.

Sin embargo, en razón a que cualquier inversión en la construcción de redes de infraestructura de servicios públicos, puede verse reflejada en la tarifa a pagar por parte de los usuarios del servicio, no se puede perder de vista que las inversiones que se realicen deben tener en cuenta, no solo los principios tarifarios contenidos

en la Ley 142 de 1994, sino la regulación tarifaria expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, la cual está contenida en la ya mencionada Resolución CRA 943 de 2021.

CONCLUSIONES

- La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no puede emitir pronunciamientos relacionados con los actos y contratos de sus vigilados, ni mucho menos revisarlos de forma previa, o verificar su legalidad, en atención a lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

- Cuando en la conformación de una empresa de servicios públicos, los aportes de capital pertenecientes a la Nación, o a las entidades territoriales, o a las entidades descentralizadas de aquella o éstas, son iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%), estaremos frente a una “*Empresa de Servicios Públicos Mixta*”, denominación que difiere de las denominadas “*Empresas de Economía Mixta*”, como bien lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007⁴, en la que determinó que tanto su conformación, como su régimen jurídico son totalmente diferentes.

- Conforme lo disponen los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, la regla general en materia de actos y contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios es que aplica el régimen de derecho privado; sin embargo, de manera excepcional, *y en cuanto la constitución política o la ley dispongan expresamente lo contrario*, aplicará el régimen de contratación de la administración pública, ello independientemente de que su capital sea público, privado o mixto.

- De acuerdo con lo indicado en el artículo 18 *ibidem*, es factible que los prestadores de servicios públicos domiciliarios participen como socios de otros prestadores, es decir, se asocien con estos, así como todas las personas jurídicas interesadas en invertir en empresas de esta naturaleza, actuaciones que deberán adelantarse atendiendo el marco normativo vigente.

- Es factible que un prestador, en ejercicio de sus facultades, decida usar sus recursos disponibles en el desarrollo de cualquiera de las actividades contempladas en su objeto social, sin que para ello se requiera de la autorización de ningún ente externo, siempre que dicha decisión sea adoptada por el órgano de gobierno y representación, y atendiendo lo dispuesto para el efecto en los respectivos estatutos sociales.

- Sin embargo, en razón a que cualquier inversión en la construcción de redes de infraestructura de servicios públicos, puede verse reflejada en la tarifa a pagar por parte de los usuarios del servicio, no se puede perder de vista que las inversiones que se realicen, deben tener en cuenta, no solo los principios tarifarios contenidos en la Ley 142 de 1994, sino la regulación tarifaria expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, la cual está contenida en la Resolución CRA 943 de 2021.

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/Normativa/Compilacion-juridica-del-sector> 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

1. Radicado 20225293141272

TEMA: ACTOS Y CONTRATOS DE LOS PRESTADORES.

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 la cual se compila la regulación general de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, y se derogan unas disposiciones."*

7. Corte Constitucional, Sala Plena. Expedientes D-6675 y D-6688 acumulados. Sentencia C-736/07 del 19 de septiembre de 2007. C.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

8. Corte Constitucional, Sala Plena. Expedientes D-6675 y D-6688 acumulados. Sentencia C-736/07 del 19 de septiembre de 2007. C.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

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