



SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

CONCEPTO 738 DE 2022

(diciembre 28)

Ref. Solicitud de concepto[]

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1369 de 2020[], 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

La consulta elevada contiene una serie de preguntas relativas al registro, los contratos, las licencias, los trámites, el objeto social y las prácticas de buen gobierno corporativo de un prestador particular. Estas preguntas serán transcritas y respondidas en el acápite de conclusiones.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Decreto 410 de 1971[]

Ley 142 de 1994[]

Ley 388 de 1997[]

Ley 1333 de 2009[]

Ley 1474 de 2011[]

Ley 2016 de 2020[1]

Ley 2195 de 2022[1]

Decreto 1073 de 2015[1]

Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007

Corte Constitucional, Sentencia C-384 de 2008

Concepto SSPD-OJ-2018-251

Concepto SSPD-OJ-2021-431

Concepto SSPD-OJ-2022-328

Concepto SSPD-OJ-2022-567

CONSIDERACIONES

En la petición de la referencia, se plantean una serie de preguntas en las cuales se solicita información sobre diversos aspectos relacionados con un prestador de servicios públicos domiciliarios particular. Mediante el presente concepto, se entregará la información disponible sobre el mencionado prestador, para, posteriormente, abordar, de manera general, los siguientes puntos que buscan orientar la consulta realizada: i) funciones que ejerce la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (Superservicios) respecto de los prestadores de estos servicios, ii) objeto que pueden tener las empresas de servicios públicos domiciliarios, y iii) aspectos relacionados con la repartición de utilidades, la remoción de los representantes legales y las políticas de buen gobierno corporativo de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Por su parte, en cuanto a la información disponible respecto de un prestador particular, esta Oficina procedió a trasladar la petición realizada a las Direcciones Técnicas de Gestión de la Superintendencia (Dirección Técnica de Gestión de Acueducto y Alcantarillado, Dirección Técnica de Gestión de Aseo, Dirección Técnica de Gestión de Energía y Dirección Técnica de Gestión de Gas Combustible), y se recibió la siguiente información por parte de la Dirección Técnica de Gestión de Acueducto y Alcantarillado:

“(…) De acuerdo con la consulta realizada en el RUPS se identifica que EMPRESAS PUBLICAS DE CALARCA E.S.P. - EMCA ESP se encuentra en estado “OPERATIVA”, certificando la actualización en el RUPS el 21 de octubre de 2022 como se presenta a continuación:

10	997	EMPRESAS PUBLICAS DE CALARCA E.S.P.	ACTUALIZACION	CERTIFICADA		202210997414368	21/10/2022
----	-----	-------------------------------------	---------------	-------------	--	-----------------	------------

*Corresponderá a las entidades sujeto de las funciones de inspección, vigilancia y control, **informar previamente** a esta Superintendencia cuando inicie un nuevo proceso de selección de auditor externo, según lo estipula el artículo 51 de la Ley 142 de 1994. En tal sentido, se informa que a la fecha, no se ha recibido dicha comunicación de parte de Empresas Públicas Municipales de Calarcá ESP sigla EMCA.*

(…)

Mediante Radicado SSPD No. 20225292868422 del 25 de julio de 2022, esta Superintendencia conoció el proceso de “transición y empalme de la finalización del Contrato de Operación entre Empresas Públicas de Calarcá E.S.P y Empresa Multipropósito de Calarcá S.A.S ESP”, mediante el Contrato Mandato No. 001-2022 en el cual, se informa la finalización de la Invitación Pública No. 003 de 2002 de EMCA ESP el pasado 19 de octubre de 2022, y en la cual, se hace la entrega de la “operación y administración de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo y generación de energía eléctrica” por parte de la Empresa Multipropósito de Calarcá S.A.S ESP.

(...)

La EMPRESA MULTIPROPÓSITO DE CALARCÁ S.A.S. E.S.P., realizó la cesión de la concesión de aguas superficiales a favor de EMPRESAS PUBLICAS DE CALARCA E.S.P. - EMCA ESP mediante la resolución No. 2920 del día 9 de septiembre de 2022 “POR MEDIO DE LA CUAL SE AUTORIZA CESIÓN TOTAL A FAVOR DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE CALARCÁ EMCA E.S.P. DE UNA CONCESIÓN DE AGUAS SUPERFICIALES OTORGADA A LA EMPRESA MULTIPROPÓSITO DE CALARCÁ S.A.S. E.S.P MEDIANTE LA RESOLUCIÓN NÚMERO 262 DEL DÍA 15 DE ABRIL DE 2009, RESOLUCIÓN NÚMERO 582 DEL 2009, RESOLUCIÓN NÚMERO 0301 DEL DÍA 02 DE MARZO DE 2016, RESOLUCIÓN NÚMERO 1413 DEL DÍA 09 DE MAYO DE 2022

(...)”

Teniendo en cuenta esta información, en el acápite de conclusiones se procederán a atender algunas de las preguntas planteadas en la petición, sin perjuicio de que a continuación se desarrollen una serie de ejes temáticos que orientarán la consulta planteada.

1. Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

A efectos de orientar la consulta planteada, es importante iniciar indicando que, si bien la función principal de la Superservicios es vigilar y controlar a los prestadores de servicios públicos domiciliarios[1

], esta función es residual a las competencias sancionatorias que otras autoridades puedan tener frente a los mencionados prestadores.

En efecto, el numeral 79.1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, señala que es función de la Superservicios “*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; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.*” (Subrayado fuera del texto original), de tal forma que esta entidad solamente podrá sancionar a los prestadores de servicios públicos domiciliarios en temas frente a los cuales otras autoridades no los puedan sancionar.

La normativa ambiental, por ejemplo, es sancionable por las autoridades ambientales que se prevén en el artículo 1º de la Ley 1333 de 2009[1], en consecuencia, esta Superintendencia no tiene competencia alguna para pronunciarse sobre tal normativa. Igual situación ocurre con las normas urbanísticas, las cuales son sancionables por las autoridades que se establecen en el artículo 104 de la Ley 388 de 1997[1

], por lo que esta Superintendencia tampoco tiene competencia sobre dichas normas.

En ese sentido, esta Superintendencia no podrá pronunciarse sobre los aspectos de la petición que refieren a la aplicación de normas ambientales y/o urbanísticas, pues de hacerlo incurriría en una extralimitación de sus funciones.

Por otro lado, debe también indicarse que la Superservicios tiene expresamente prohibido exigir que algún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya en los términos del párrafo 1º de la Ley 142 de 1994, que señala:

“PARÁGRAFO 1o. *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, <sic> visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite. (...)*”

Siendo así, esta entidad no puede tramitar autorizaciones para fusiones, absorciones, integraciones o cualquier otro tipo de actos y/o contratos que pretendan realizar los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

Por último, sobre las funciones de esta entidad, es importante mencionar que dentro de estas no se encuentra la inspección, vigilancia y control del servicio de alumbrado público. Lo anterior, teniendo en cuenta que dicho servicio no corresponde a ninguno de los servicios públicos domiciliarios de los que trata el artículo 1º de la Ley 142 de 1994[1

]. Por lo anterior, cualquier duda sobre dicho servicio deberá dirigirse al municipio o distrito respectivo, en los términos del artículo 2.2.3.6.1.2. del Decreto Único Reglamentario 1073 de 2015[1].

2. Objeto de las empresas de servicios públicos domiciliarios

El artículo 18 de la Ley 142 de 1994 define el alcance del objeto de las Empresas de Servicios Públicos –ESP– así:

“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.” (Subrayado fuera del texto original)

Según este artículo, las empresas de servicios públicos deben tener como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que refiere la Ley 142 de 1994 y/o realizar una o varias de las actividades complementarias de dichos servicios.

Ahora bien, esta disposición no impide que las empresas de servicios públicos domiciliarios desarrollen actividades diferentes a la prestación de los servicios públicos domiciliarios y/o sus actividades complementarias, tal como ha sido mencionado por esta Oficina, entre otros, en el concepto SSPD-OJ-2018-251, en el que se indicó:

"(...) esta Oficina se permite recordar que el artículo 18 de la Ley 142 de 1994[3], se ha referido en torno al objeto social de los prestadores de servicios públicos, en los siguientes términos:

"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. (...)"*

Nótese que la norma citada no excluye la posibilidad de que quienes presten servicios públicos domiciliarios, desarrollen actividades distintas de aquellos y sus actividades complementarias, de lo que se sigue que las personas prestadoras de los mismos, pueden tener por objeto cualquier actividad, siempre y cuando esta se encuentre prevista en su objeto social y con su realización no se ponga en riesgo la eficiente y continua prestación del servicio público que constituye su actividad principal.

Al respecto de lo anterior, en Concepto SSPD – OJ 2009 – 574, esta Oficina Asesora expresó lo siguiente:

"En el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, se establece que el objeto de las empresas prestadoras de servicios públicos es la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica la mencionada ley o que puedan derivarse de actividades complementarias de los mismos.

En cuanto a la interpretación de la norma anterior, esta Oficina Asesora Jurídica se ha manifestado de manera reiterada en diferentes conceptos, entre otros los SSPD-OJ- 2007-182, SSPD-OJ-2007-227, y ha indicado que en la prestación de servicios públicos se debe dar aplicación a la libre iniciativa y a la libre competencia, sin que se de una restricción en los objetos sociales y a las actividades a desarrollar. De la misma manera, se ha anotado que por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos se pueden prestar otros servicios siempre y cuando estén previstos en su objeto social y ello no ponga en riesgo la prestación del servicio a su cargo de manera eficiente y continua.

Teniendo en cuenta lo anterior, la empresa podrá prestar los servicios anotados en tanto estos se encuentren dentro de su objeto social. De no ser así, dicha prestación deberá estar precedida de la respectiva reforma estatutaria teniendo en cuenta, para tal efecto, las normas que gobiernan a las empresas industriales y comerciales del orden territorial."

Dicha posición histórica de la entidad se ha sustentado en tres argumentos: i) en los principios de libre iniciativa y libre competencia que rigen los servicios públicos domiciliarios y que no se encuentran taxativamente limitados en la Ley 142 de 1994; ii) en el hecho de que las comisiones de regulación, en todo caso, pueden exigir a las empresas de servicios públicos que tengan objeto múltiple, que pasen a uno exclusivo cuando la duplicidad del objeto limite la competencia (inciso 2o del art. 18 de la Ley 142 de 1994) y, iii) porque, en todo caso, la Ley exige llevar contabilidad separada para cada una de las actividades a ser desarrolladas lo que permite diferenciarlas y no afectar la prestación (ídem y art. 6.4.). (...)" (Subrayado fuera del texto original)

Conforme con el concepto previamente citado, las empresas de servicios públicos pueden desarrollar actividades diferentes a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, siempre que estas actividades se encuentren en el objeto social del prestador y no afecten la prestación del respectivo servicio público domiciliario. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que las Comisiones de Regulación respectivas pueden solicitar a los prestadores tener exclusividad en su objeto, si la multiplicidad de actividades que esta realiza limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario.

Al respecto, es importante aclarar que cuando una ESP desarrolla actividades diferentes a la prestación de los servicios públicos domiciliarios y/o cualquier otra actividad regulada por la Ley 142 de 1994, estas actuaciones no estarán sujetas a la vigilancia de la Superservicios, pues sus competencias se limitan al ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994 y demás normativa propia de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en los términos del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 6 del Decreto 1369 de 2020.

3. Aspectos relacionados con la repartición de utilidades, la remoción de los representantes legales y las políticas de buen gobierno corporativo de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Finalmente, con el objetivo orientar algunas de las preguntas realizadas por el peticionario, se abordarán algunos aspectos relacionados con la repartición de utilidades, la remoción de los representantes legales y las políticas de buen gobierno corporativo de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

- Repartición de Utilidades de las ESP

El artículo 19 de la Ley 142 de 1994[1] consagra una serie de normas que constituyen el régimen jurídico aplicable a las ESP. Ahora bien, dentro de esas normas no se establecen reglas especiales en cuanto a la repartición de utilidades, razón por la cual, sobre dicho aspecto particular de las ESP, aplicarán las reglas generales del código de comercio sobre sociedades anónimas en los términos del numeral 19.15 del artículo 19 previamente referenciado[1].

El artículo 150 del Código de Comercio, que es aplicable a cualquier sociedad comercial, incluyendo a las sociedades anónimas, establece:

“ARTÍCULO 150. <DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES SOCIALES - PROCEDIMIENTO GENERAL>. *La distribución de las utilidades sociales se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa.*

Las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas.

PARÁGRAFO. *A falta de estipulación expresa del contrato, el sólo aporte de industria sin estimación de su valor dará derecho a una participación equivalente a la del mayor aporte de capital.” (Subrayado fuera del texto original)*

Conforme con el artículo previamente citado, las cláusulas del contrato de sociedad que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas. Ahora bien, es importante aclarar que lo anterior no exime que, una vez causado el derecho, el socio respectivo pueda renunciar a este conforme con las normas que le resulten aplicables, tal como se señaló por esta Oficina en concepto SSPD-OJ-2021-431, en el cual se indicó:

“(…) De manera particular, es preciso indicar que uno de los derechos que se le conceden al accionista cuando adquiere una participación en el capital de una empresa, es la de participar de las utilidades sociales en cada ejercicio (art. 379 Código de Comercio). En ese sentido, la ley comercial ha dispuesto un mecanismo para garantizar este derecho a los asociados, el cual se encuentra contenido en el artículo 150, que sobre señala:

“Artículo 150. Distribución de Utilidades Sociales – Procedimiento General. *La distribución de las utilidades sociales se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa.*

Las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas.

PARÁGRAFO. *A falta de estipulación expresa del contrato, el sólo aporte de industria sin estimación de su valor dará derecho a una participación equivalente a la del mayor aporte de capital.” (Resaltado fuera del texto)*

Esta garantía consagrada por el legislador evita que los accionistas renuncien de forma previa a las utilidades que por ley les corresponden; no obstante, cabe la posibilidad de que con posteridad a la causación del derecho, los asociados puedan renunciar a éste. (...)” (Resaltado fuera del texto original)

- Remoción de los representantes legales de las ESP

Las ESP, sean estas oficiales, mixtas o privadas, deben ser sociedades por acciones, en los términos del artículo 17 de la Ley 142 de 1994. Las reglas especiales que aplican para estas empresas, como se ha explicado anteriormente, se encuentran principalmente en el artículo 19 de la Ley 142 de 1994.

Ni el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, ni ninguna otra norma de la misma Ley 142 de 1994, consagran disposiciones especiales sobre la remoción de los representantes legales de las ESP, en ese sentido, a este tema particular le resultan aplicables las normas que se establecen en el código de comercio para las sociedades anónimas (por virtud de lo previsto en el numeral 19.15 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994).

El artículo 440 del Código de Comercio establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 440. <REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA - REPRESENTANTE - REMOCIÓN>. La sociedad anónima tendrá por lo menos un representante legal, con uno o más suplentes, designados por la junta directiva para períodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo. Los estatutos podrán deferir esta designación a la asamblea.” (Subrayados fuera del texto original)

Según este artículo, el (o los) representante legal(es) de una sociedad anónima puede(n) ser removidos en cualquier tiempo por la junta directiva de la sociedad, o la asamblea de esta última si así se ha dispuesto en los estatutos.

Valga indicar que esta disposición fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional, la cual, en Sentencia C-384 de 2008 indicó:

“(…) 5.1. Para el demandante el régimen flexible establecido por el legislador, que posibilita la libre remoción de los administradores y representantes legales de las sociedades comerciales, vulnera el principio de estabilidad laboral contemplado en el artículo 53 de la Carta. A su juicio resulta además incompatible que las normas impugnadas establezcan unos períodos determinados para el administrador que resulte elegido, y paralelamente contemplen su remoción en cualquier tiempo.

5.2. Observa la Corte, que el demandante parte del supuesto equivocado de considerar que la relación que se establece entre la sociedad comercial y sus administradores es necesariamente de naturaleza laboral. Como se indicó, la ley mercantil reconoce autonomía a las sociedades (Art. 196) para estipular en el contrato social el régimen que adoptará para la administración y representación de la sociedad. A falta de estipulación, reconoce unas amplias facultades de gestión y representación a los administradores.

5.3. Advierte así mismo que aunque la gestión que desarrollan los administradores se encuentra sometida a controles como la revisoría fiscal y el ejercicio del derecho de inspección por cuenta de los socios, no cabe duda que la designación de estas personas está fundada en la confianza depositada no solamente en razón a las calidades profesionales y gerenciales del elegido, que aseguren un desempeño eficiente, sino que reposa

de manera prevalente, en las condiciones éticas del mismo, que garanticen la lealtad en el manejo de los intereses de los asociados.

Este criterio de la confianza como justificación de un régimen especial para los administradores ha sido adoptado por la jurisprudencia en precedente que aquí se reitera. En efecto la Corte recalcó “la especial relación de confianza que surge entre el ente asociativo y tales funcionarios (los administradores y revisores fiscales), por lo cual no es extraño que la ley haya resuelto dar a su nexo jurídico con la sociedad un trato diferente del que la liga con el resto de sus trabajadores” (C-434/96 Original sin subrayas).

5.4. En consecuencia, el régimen jurídico que rige la relación entre los administradores y la sociedad es el contemplado estatutariamente, de acuerdo con el tipo de sociedad, en atención a la autonomía que la ley reconoce a las sociedades en esta materia (Art. 196 C.Co.), opción que encuentra respaldo constitucional en el artículo 333 de la Carta, que protege la libertad económica e iniciativa privada, ejercida dentro de los límites del bien común.

A falta de estipulación contractual la ley mercantil contempla amplias facultades a los administradores designados para representar y comprometer a la sociedad, lo que implica que en tales eventos el vínculo jurídico que se establece, en virtud de un acto de elección, se encuentre fundado en una especial relación de confianza, por lo que no es posible equiparlo a una relación laboral sobre la cual recae una presunción de asimetría entre las partes y de sujeción, que convoca la especial protección constitucional (principio de estabilidad en el empleo) que invoca el demandante.

5.5. Finalmente, el hecho de que la ley mercantil prevea que la elección de los administradores deba realizarse para unos períodos determinados, no modifica la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre la compañía y su gestor, ni genera por sí mismo la expectativa de estabilidad que plantea el demandante; constituye simplemente un requisito estatuario que provee un razonable margen de seguridad a la relación contractual, y que pretende garantizar la ejecución del objeto social mediante un principio de continuidad en la gestión.

Por las anteriores consideraciones la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “sin perjuicio de que los nombramientos sean revocados libremente en cualquier tiempo” contenida en el inciso 2° del artículo 198 de Decreto 410 de 1971 [Código de Comercio], y la expresión “...o removidos en cualquier tiempo” contenida en el artículo 440 del mismo Decreto. (...)” (Negrillas fuera del texto original)

Nótese que, en atención a lo expuesto por el máximo tribunal constitucional, el hecho de que la ley mercantil prevea que la elección de los administradores deba realizarse para unos períodos determinados, no modifica la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre la compañía y su gestor, ni genera por sí mismo expectativas de estabilidad laboral alguna.

- Prácticas de buen gobierno corporativo

El código de ética y buen gobierno corporativo hace referencia a los valores o principio éticos que deben encontrarse presentes en cualquier organismo de naturaleza pública o privada que funcione en el país, mientras que el buen gobierno corporativo hace alusión a la implementación de buenas prácticas al interior de una organización, así como sistemas de monitoreo y control que permitan medir y evaluar los riesgos dentro de la misma.

En este sentido, el propósito de la expedición de un código de esta naturaleza es el de establecer normas de autorregulación y políticas de dirección, que promuevan la gestión eficiente, ética y transparente de una organización, tendiente al cumplimiento de sus fines misionales y al cumplimiento de sus objetivos[2].

Las empresas de servicios públicos domiciliarios que cuentan con participación pública, y que por tal motivo son entidades que hacen parte de la rama ejecutiva del Estado en los términos de la Sentencia C-736 de 2007[2], deben adoptar e implementar el Código de Integridad del Servicio Público Colombiano expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública según se establece en el artículo 1º de la Ley 2016 de 2020, el cual señala:

“ARTÍCULO 1o. OBJETO. *La presente ley tiene como objeto la adopción e implementación del Código de Integridad del Servicio Público Colombiano expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, por parte de todas las entidades del Estado a nivel nacional y territorial y en todas las Ramas del Poder Público, las cuales tendrán la autonomía de complementarlo respetando los valores que ya están contenidos en el mismo.*

Finalmente, se crea el Sistema Nacional de Integridad para articular todo lo concerniente a la Integridad en el Servicio Público Colombiano.

PARÁGRAFO. *Por implementación del Código de Integridad del Servicio Público Colombiano se entenderá la capacitación obligatoria de inducción para cualquier cargo del Estado y en cualquier modalidad contractual, la evaluación y seguimiento, la generación de indicadores que permitan verificar su cumplimiento, la inclusión obligatoria del Código en los manuales de funciones y demás métodos, planes y procedimientos que fortalezcan y promuevan la Integridad en el Servicio Público.* (Subrayado fuera del texto original)

Valga indicar que, en atención al párrafo de la norma previamente citado, la implementación del Código de Integridad del Servicio Público Colombiano se entiende que comprende: (i) la capacitación obligatoria de inducción para cualquier cargo del Estado y en cualquier modalidad contractual, (ii) la evaluación y seguimiento, (iii) la generación de indicadores que permitan verificar su cumplimiento, (iv) la inclusión obligatoria del Código en los manuales de funciones y (v) los demás métodos, planes y procedimientos que fortalezcan y promuevan la Integridad en el Servicio Público.

Por otro lado, es pertinente anotar que conforme al artículo 34-7 de la Ley 1474 de 2011[2] (Adicionado por el artículo 9º de la Ley 2195 de 2022), las personas jurídicas sujetas a su inspección, vigilancia o control deberán adoptar programas de transparencia y ética empresarial que incluyan mecanismos y normas internas de auditoría.

En ese sentido, los prestadores de servicios públicos domiciliarios, que sean personas jurídicas, y estén sujetos a inspección, vigilancia o control de esta Superintendencia, deberán adoptar programas de transparencia y ética empresarial, tal como se indica en el artículo 34-7 de la Ley 1474 de 2011 previamente referido.

Ahora, en los términos del párrafo 2º del mencionado artículo 34-7, corresponde a la Superservicios definir los lineamientos y contenidos de los programas de transparencia y ética empresarial que deben adoptar sus vigilados, es decir, los prestadores de servicios públicos domiciliarios, e igualmente establecer programas de acompañamiento para su implementación.

En este sentido, la Superservicios viene trabajando -conjuntamente con la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República- con el propósito de definir los diferentes aspectos que contempla la norma, así como su alcance, el acompañamiento a los prestadores y la determinación de lineamientos, entre otros, que permitan dar cumplimiento a lo ordenado en la Ley 2195 de 2022, así como aplicabilidad de la misma por parte de los prestadores.

Una vez culmine esta gestión con la Secretaría de Transparencia, la Superservicios publicará la información correspondiente para la adopción de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial a adoptar por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.[2]

CONCLUSIONES

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se procede a responder las preguntas planteadas:

Primera parte de preguntas:

1) *“Sírvese informarnos si las Empresas (...) se encuentra inscrita en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos, RUPS que lleva esa Superintendencia y para cuales servicios públicos domiciliarios se encuentra registrada como prestador, en su defecto se sirva informarnos desde que fecha perdió dicho registro y si se ha recibido alguna solicitud para realizarlo.”*

De acuerdo con la consulta realizada en el RUPS se identifica que EMPRESAS PUBLICAS DE CALARCA E.S.P. - EMCA ESP se encuentra en estado “OPERATIVA”, certificando la actualización en el RUPS el 21 de octubre de 2022 como se presenta a continuación:

10	997	EMPRESAS PUBLICAS DE CALARCA E.S.P.	ACTUALIZACION	CERTIFICADA		202210997414368	21/10/2022
----	-----	-------------------------------------	---------------	-------------	--	-----------------	------------

2) *“Sírvese informarnos si las Empresas Públicas Municipales de Calarcá ESP sigla EMCA ha obtenido el permiso de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para el cambio de auditor externo de gestión y resultados, o ha registrado el contrato de auditoria que debe mantener vigente para operar como prestador.”*

Corresponde a las entidades sujeto de las funciones de inspección, vigilancia y control, informar previamente a esta Superintendencia cuando inicie un nuevo proceso de selección de auditor externo, según lo estipula el artículo 51 de la Ley 142 de 1994. En tal sentido, se informa que, a la fecha, no se ha recibido dicha comunicación de parte de Empresas Públicas Municipales de Calarcá ESP sigla EMCA.

3) *“Sírvense informar si ante la Superservicios se encuentra radicado algún trámite por parte de las empresas Empresas (sic) Públicas de Calarcá ESP EMCA y/o EMPRESA MULTIPROPÓSITO DE CALARCÁ SAS ESP relacionado con la fusión, absorción, integración o la figura de contrato de operación, en la cual la primera asume la totalidad de las operaciones de la segunda y se establezca si dicho contrato está permitido dentro lo establecido por el Artículo 39 de la Ley 142 de 1994.”*

Mediante Radicado SSPD No. 20225292868422 del 25 de julio de 2022, esta Superintendencia conoció el proceso de *“transición y empalme de la finalización del Contrato de Operación entre Empresas Públicas de Calarcá E.S.P y Empresa Multipropósito de Calarcá S.A.S ESP”*, mediante el Contrato Mandato No. 001-2022 en el cual, se informa la finalización de la Invitación Pública No. 003 de 2002 de EMCA ESP el pasado 19 de octubre de 2022, y en la cual, se hace la entrega de la *“operación y administración de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo y generación de energía eléctrica”* por parte de la Empresa Multipropósito de Calarcá S.A.S ESP.

Al respecto, se informa que la Superservicios tiene expresamente prohibido exigir que algún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya en los términos del parágrafo 1º del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, siendo así, esta entidad no puede tramitar autorizaciones para fusiones, absorciones, integraciones o cualquier otro tipo de actos y/o contratos que pretendan realizar los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

4) *“Informar si se ha verificado por parte de la Superintendencia o la autoridad competente que las CONCESIONES, PERMISOS AMBIENTALES Y SANITARIOS y LICENCIAS que tiene la empresa EMPRESA MULTIPROPÓSITO DE CALARCÁ SAS ESP le fueron cedidos o transferidos a las Empresas Públicas de Calarcá ESP EMCA para que pueda operar dichos servicios públicos que manifiestan retomar? Tal como lo dispone el ARTÍCULO 25 de la Ley 142 de 1994 y que son obligatorios para quienes presten servicios*

públicos para usar las aguas; así como para usar el espectro electromagnético en la prestación de servicios públicos requerirán licencia o contrato de concesión.”

En los términos del numeral 79.1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, la Superservicios debe vigilar el cumplimiento de las normas a las que se encuentran sujetos los prestadores, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad. En el caso de las violaciones a la normativa ambiental, estas son sancionables por las autoridades ambientales previstas en el artículo 1º de la Ley 1333 de 2009, en consecuencia, esta Superintendencia no tiene competencia alguna para pronunciarse sobre el particular.

Sin perjuicio de lo anterior, se informa que esta Superintendencia tuvo conocimiento de que la EMPRESA MULTIPROPÓSITO DE CALARCÁ S.A.S. E.S.P., realizó la cesión de la concesión de aguas superficiales a favor de EMPRESAS PUBLICAS DE CALARCA E.S.P. - EMCA ESP mediante la Resolución No. 2920 del día 9 de septiembre de 2022 *“POR MEDIO DE LA CUAL SE AUTORIZA CESIÓN TOTAL A FAVOR DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE CALARCÁ EMCA E.S.P. DE UNA CONCESIÓN DE AGUAS SUPERFICIALES OTORGADA A LA EMPRESA MULTIRPROPÓSITO DE CALARCÁ S.A.S. E.S.P MEDIANTE LA RESOLUCIÓN NÚMERO 262 DEL DÍA 15 DE ABRIL DE 2009, RESOLUCIÓN NÚMERO 582 DEL 2009, RESOLUCIÓN NÚMERO 0301 DEL DÍA 02 DE MARZO DE 2016, RESOLUCIÓN NÚMERO 1413 DEL DÍA 09 DE MAYO DE 2022”*

5) *“Se ha verificado por parte de la Superintendencia o la autoridad competente que la EMPRESA MULTIPROPÓSITO DE CALARCÁ SAS ESP le cedió o transfirió a las Empresas Públicas de Calarcá ESP EMCA los permisos para la circulación y el tránsito, el uso del espacio público, así como el traspaso de las garantías a favor del ente territorial, tal como lo obliga el Artículo 26 de la Ley 142 de 1994”*

Según el numeral 79.1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, la Superservicios debe vigilar el cumplimiento de las normas a las que se encuentran sujetos los prestadores, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad. En el caso de las violaciones a las normas urbanísticas, estas son sancionables por las autoridades que se establecen en el artículo 104 de la Ley 388 de 1997, en consecuencia, esta Superintendencia no tiene competencia alguna para pronunciarse sobre el particular.

6) *“Sirvanse informar si un prestador como Empresas (...) en los términos de la Ley 142 de 1994, sin tener o tener incompletos los trámites y permisos mencionados en los anteriores cinco puntos, podría operar los servicios públicos en un ente territorial.”*

Entendiendo que se cuestiona acerca de la suspensión y/o inhabilitación de la realización de actividades por la falta de permisos y/o trámites ambientales y urbanísticos, se debe reiterar que esta Superintendencia no es competente para pronunciarse respecto de las sanciones aplicables por la violación a normas ambientales y/o urbanísticas. Siendo así, las inquietudes acerca de las posibles sanciones por la contravención de esas normas, como lo podría ser la suspensión y/o inhabilitación para la ejecución de las actividades relacionadas con la operación de los servicios públicos respectivos, deberán ser consultadas ante las autoridades competentes.

7) *“Sirvanse informar si las Empresas (...) en los términos de la Ley 142 de 1994 pueden operar el SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO sin estar registradas en debida forma ante esa Superintendencia.”*

El servicio de alumbrado público no es un servicio que se encuentre bajo la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia, por lo anterior, no es posible pronunciarse sobre el particular. Las inquietudes sobre dicho servicio deberán dirigirse al municipio o distrito respectivo, en los términos del artículo 2.2.3.6.1.2. del Decreto Único Reglamentario 1073 de 2015.

“Segunda parte de preguntas:”

1) *“Sírvasse informarnos si en los Estatutos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios la Ley 142 de 1994 les permite desarrollar actividades ajenas a la prestación de los SSPP y mas relacionadas con el sector constructor e inmobiliario y con las empresas de renovación urbana, fondos de vivienda de interés social o promotoras de vivienda.”*

En concordancia con el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios-ESP- pueden desarrollar actividades diferentes a las relacionadas con la prestación de dichos servicios siempre que tales actividades se encuentren en el objeto social del prestador y no afecten la prestación del servicio público domiciliario respectivo. Valga indicar que en el caso que la ESP desarrolle actividades diferentes a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, estas actividades no estarán sujetas a la vigilancia de la Superservicios pues se daría una extralimitación de las funciones asignadas.

2) *“Sírvasse informarnos si es legal que las Utilidades de las Empresas Públicas Municipales se oriente en un todo sólo en actividades o proyectos de bienestar social, de responsabilidad social corporativa, crecimiento, fortalecimiento o expansión empresarial y EN NINGÚN momento se retornen las utilidades o beneficios al ACCIONISTA principal que en este caso es el Ente Territorial.”*

En los términos de los artículos 19 de la Ley 142 de 1994 y 150 del Código de Comercio, las cláusulas del contrato de sociedad que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas. Ahora bien, es importante aclarar que lo anterior no exime que, una vez causado el derecho, el socio respectivo pueda renunciar a este conforme con las normas que le resulten aplicables, tal como se señaló por esta Oficina en Concepto SSPD-OJ-2021-431.

3) *“Sírvanse informar si si (sic) es legal que los Gerentes de las Empresas de Servicios Públicos y en este caso una pública, el Gerente tenga un nombramiento por período fijo que no permita su remoción por fallas en su gestión, y se emplee la figura de empleado público y de nombramiento de libre remoción para establecer una figura gerencial fija casi irremovible una vez nombrado en el cargo.”*

Según los artículos 19 de la Ley 142 de 1994 y 440 del Código de Comercio, el (o los) representante legal(es) de una empresa de servicios públicos domiciliarios (gerente, presidente, y/o cualquier otro cargo de la estructura organizacional que ostente(n) dicha calidad) puede(n) ser removidos en cualquier tiempo por la junta directiva de la empresa, o la asamblea de esta última si así se ha dispuesto en los estatutos.

Valga indicar que el hecho de que la ley mercantil prevea que la elección de los administradores deba realizarse para unos períodos determinados, no modifica la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre la compañía y su gestor, ni genera por sí mismo expectativas de estabilidad laboral alguna, según se expone en la Sentencia C-384 de 2008.

4) *“Sírvanse Informar cuales deben ser los criterios de Gobernanza, Buen Gobierno Corporativo, que la Ley 142 de 1994 y normas que la han desarrollado recomiendan para este tipo de empresas.”*

El código de ética y buen gobierno corporativo hace referencia a los valores o principio éticos que deben encontrarse presentes en cualquier organismo de naturaleza pública o privada que funcione en el país, mientras que el buen gobierno corporativo hace alusión a la implementación de buenas prácticas al interior de una organización, así como sistemas de monitoreo y control que permitan medir y evaluar los riesgos dentro de la misma.

En este contexto, es importante indicar que las empresas de servicios públicos domiciliarios que cuentan con participación pública, y que por tal motivo son entidades que hacen parte de la rama ejecutiva del Estado en los términos de la Sentencia C-736 de 2007, deben adoptar e implementar el Código de Integridad del

Servicio Público Colombiano expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública según se establece en el artículo 1º de la Ley 2016 de 2020.

Por otro lado, los prestadores de servicios públicos domiciliarios, que sean personas jurídicas, y estén sujetos a inspección, vigilancia o control de esta Superintendencia, deberán adoptar programas de transparencia y ética empresarial una vez la Superservicios publique la información correspondiente para la adopción dichos programas, en los términos del artículo 34-7 de la Ley 1474 de 2011.

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

<NOTAS DE PIE DE PAGINA>.

1. Radicados 20225294137562, 20225294158332, 20225294164162 y 20225294527032

TEMA: EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Subtemas: Objeto, Repartición de Utilidades, Gobierno corporativo

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 el cual se expide el Código de Comercio"*
6. *"Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones."*
7. *"Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones."*
8. *"Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones."*
9. *"Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública."*
10. *"Por la cual se adopta el Código de Integridad del Servicio Público Colombiano y se dictan otras disposiciones"*
11. *"Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones."*
12. *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía."*
13. Al respecto, el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 indica:

"ARTÍCULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>
Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. (...)"

14. "ARTÍCULO 1o. TITULARIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA EN MATERIA AMBIENTAL. El Estado es el titular de la potestad sancionatoria en materia ambiental y la ejerce sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades a través del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, los establecimientos públicos ambientales a que se refiere el artículo 13 de la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, Uaesppn, de conformidad con las competencias establecidas por la ley y los reglamentos. (...)"

15. "ARTICULO 104. SANCIONES URBANISTICAS. El artículo 66 de la Ley 9ª de 1989, quedará así:

"Las infracciones urbanísticas darán lugar a la aplicación de las sanciones que a continuación se determinan, por parte de los alcaldes municipales y distritales y el gobernador del departamento especial de San Andrés y Providencia, quienes las graduarán de acuerdo con la gravedad de la infracción y la reiteración o reincidencia en la falta, si tales conductas se presentaren: (...)" (Subrayado fuera del texto original)

16. Al respecto, esta Oficina, en Concepto SSPD-OJ-2022-019 indicó:

"(...) de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 79 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 6 del Decreto 1369 de 2020, esta Superintendencia carece de competencia para ejercer inspección, vigilancia y control sobre el servicio de alumbrado público, así como del impuesto que lo financia. Lo anterior, en la medida que el servicio de alumbrado público fue calificado como un servicio público de carácter no domiciliario y, adicionalmente, no está enlistado dentro de los servicios públicos domiciliarios que se establecen en el artículo 1 de la Ley 142 de 1994. (...)" (Subrayado fuera del texto original)

17. "ARTÍCULO 2.2.3.6.1.2. PRESTACIÓN DEL SERVICIO. <Artículo modificado por el artículo 4 del Decreto 943 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> Los municipios o distritos son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público, el cual podrán prestar de manera directa, o a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público que demuestren idoneidad en la prestación del mismo, con el fin de lograr un gasto financiero y energético responsable. (...)" (Subrayado fuera del texto original)

18. "Artículo 19. Régimen Jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico: (...)"

19. "19.15. En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas."

20. Se reitera el criterio expuesto en Concepto SSPD-OJ-2022-328

21. En particular, en la Sentencia C-736 de 2007 se mencionó:

"(...) 5.3 Las empresas de servicios públicos mixtas y privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas y constitucionalmente conforman la Rama Ejecutiva. (...)"

22. "Artículo 34-7. Programas de transparencia y ética empresarial. Las personas jurídicas sujetas a su inspección, vigilancia o control adoptarán programas de transparencia y ética empresarial que incluyan mecanismos y normas internas de auditoría.

Las respectivas superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia o control determinarán el contenido de los programas de transparencia y ética empresarial teniendo en cuenta criterios tales como el sector, los riesgos del mismo, el monto de los activos, ingresos, el número de empleados y objeto social.

En el caso de las Pymes y Mipymes, se deberán establecer programas de acompañamiento para facilitar la elaboración e implementación de los programas de transparencia y ética empresarial, procurando que no generen costos o trámites adicionales para las mismas.

El incumplimiento de las instrucciones y órdenes que impartan las autoridades de inspección, vigilancia y control de la rama ejecutiva en materia de programas de transparencia y ética empresarial dará lugar a la imposición de las sanciones que correspondan de conformidad con las normas aplicables por cada ente de inspección, vigilancia o control.

PARÁGRAFO 1o. En aquellas personas jurídicas en las que se tenga implementado un sistema integral de administración de riesgos, este podrá articularse con el programa de transparencia y ética empresarial de forma tal que incluya los riesgos que mediante el mismo se pretenden mitigar.

PARÁGRAFO 2o. Las superintendencias o autoridades de inspección, vigilancia o control de la rama ejecutiva en coordinación con la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, determinarán los lineamientos mínimos que deben prever los programas de transparencia y ética empresarial con el fin estandarizar las acciones, las políticas, los métodos, procedimientos, mecanismos de prevención, control, evaluación y de mejoramiento continuo. Dichos lineamientos serán evaluados y actualizados, de conformidad con los estándares internacionales y nuevas prácticas que fortalezcan los programas de transparencia y ética empresarial, al menos cada cuatro (4) años.

PARÁGRAFO 3o. Los encargados de las auditorías o control interno de las personas jurídicas obligadas deberán incluir en su plan anual de auditoría la verificación del cumplimiento y eficacia de los programas de transparencia y ética empresarial.

PARÁGRAFO 4o. El Revisor Fiscal, cuando se tuviere, debe valorar los programas de transparencia y ética empresarial y emitir opinión sobre los mismos.” (Subrayado fuera del texto original)

23. Se reitera el criterio expuesto en Concepto SSPD-OJ-2022-567

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