



CONCEPTO 986 DE 2018

(diciembre 28)

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Ref. Su solicitud de Concepto^[1]

COMPETENCIA Y ALCANCE DEL CONCEPTO

De conformidad con lo establecido en el numeral 2o del artículo 11 del Decreto 990 de 2002^[2], corresponde a la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superservicios, “...absolver las consultas jurídicas externas relativas a los servicios públicos domiciliarios”.

En desarrollo de tal función, la respuesta se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011^[3], sustituido por el artículo 1o de la Ley 1755 de 2015^[4], es decir, que la respuesta corresponde a una interpretación jurídica de la normativa que conforma el Régimen de los servicios públicos domiciliarios, y que realiza esta oficina como área encargada de absolver las consultas jurídicas externas, dentro del marco de competencia de la entidad y de manera general respecto del tema jurídico planteado, razón por la cual, los criterios contenidos en los conceptos, no son vinculantes ni de obligatorio cumplimiento.

De igual manera, teniendo en cuenta lo previsto en el párrafo 1o del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, esta Superintendencia no puede exigir, que los actos o contratos de un prestador de servicios públicos domiciliarios, se sometan a aprobación previa suya, ya que de hacerlo incurriría en una extralimitación de funciones, así como en la realización de actos de coadministración a sus vigiladas.

RESUMEN

La figura jurídica de aportes bajo condición, contemplada en el numeral 9 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, facultó a las entidades públicas para hacer aportes de bienes o derechos a las empresas de servicios publico domiciliarios, siempre y cuando su valor no sea traslado vía tarifa a los usuarios.

Aunado a lo anterior, en el estudio de constitucionalidad del articulo artículo 143 de la Ley 1151 de 2007, la cual modificó el numeral 9 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, el máximo Tribunal puntualizó que las entidades públicas solamente pueden aportar bienes o derechos a las empresas de servicios públicos, constituidas de la forma establecida en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, es decir como sociedades por acciones.

Por otra parte, en el régimen de los servicios públicos no contempló una forma contractual específica para materializar el aporte bajo condición, de manera que ello dependerá de la voluntad de las partes.

CONSULTA

En la consulta de la referencia se plantearon los siguientes interrogantes:

“...En lo que respecta a los denominados aportes bajo la condición de que trata el Numeral 87.9 del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994, ¿Las Entidades Públicas pueden entregar aportes bajo (sic) a las personas autorizadas para prestar servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 15 de la Ley 142 de 1994 y el Decreto, como por una asociación de usuarios debidamente constituida? Favor explicar los fundamentos de la respuesta.

...¿Cuáles es el procedimiento, acto, contrato, etc., que se debe cumplir o celebrar para que una Entidad Pública pueda hacer la entrega de aportes bajo condición a un prestador de los servicios públicos domiciliarios? ¿En qué normatividad se encuentra dicho procedimiento, acto, contrato, etc.?

...¿Cuáles son las condiciones legales, reglamentarias y regulatorias que existen en la materia de aportes bajo condición?”

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley 142 de 1994^[5].

Ley 1151 de 2007^[6].

Sentencia C – 739 de 2008^[7]

CONSIDERACIONES

Para abordar su consulta, es necesario remitirnos al numeral 9 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, el cual facultó a las entidades públicas a realizar aportes a las empresas prestadoras de servicios públicos. El citado artículo señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 87. CRITERIOS PARA DEFINIR EL RÉGIMEN TARIFARIO (...)

87.9. <Numeral modificado por el artículo 99 de la Ley 1450 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> 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. Las Comisiones de Regulación establecerán los mecanismos necesarios para garantizar la reposición y mantenimiento de estos bienes.

Lo dispuesto en el presente artículo no es aplicable cuando se realice enajenación o capitalización de dichos bienes o derechos”. Negrilla fuera de texto.

La norma citada ha sido objeto de estudio de exequibilidad por la Corte Constitucional, en su calidad de máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, a través de sentencia C – 739 de 2008, señalando lo siguiente:

“(…) Por lo que se desprende de su tenor literal, la disposición transcrita prescribe lo siguiente:

...Autoriza a las entidades públicas a aportar bienes o derechos a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Condiciona la anterior facultad a que el valor de los aportes “no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios” (a todos).

...Condiciona la misma facultad a que “en el presupuesto de la entidad que autorice el aporte figure este valor”.

...Indica que las comisiones de regulación deben establecer mecanismos para “garantizar la reposición y mantenimiento de estos bienes”.

...Aclara que lo dispuesto en la norma no se aplica cuando “se realice enajenación o capitalización respecto de dichos bienes o derechos”.

Desglosada la norma, puede apreciarse que el supuesto de hecho regulado por ella no es aquel en el cual media un proceso de “enajenación” de bienes o derechos de la entidad pública, cuya propiedad se transfiere a la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios que los recibe. Dicho supuesto fáctico regulado tampoco es el de la “capitalización”, es decir, no se trata de aportes de capital que generen un correlativo derecho a favor de la entidad pública aportante, representado en acciones de la empresa de servicios públicos domiciliarios receptora. A lo anterior se refiere el inciso final de la norma cuando afirma: “Lo dispuesto en el presente artículo no es aplicable cuando se realice **enajenación o capitalización** respecto de dichos bienes o derechos.” (Negrillas fuera del original).

Así pues, se trata de bienes o derechos que se entregan a las empresas de servicios públicos domiciliarios, que deben ser utilizados, mantenidos y conservados por la empresa receptora, para luego ser devueltos. A lo anterior se refiere la siguiente expresión: “Las Comisiones de Regulación establecerán los mecanismos necesarios para garantizar la **reposición y mantenimiento** de estos bienes.” (Negrillas fuera del original)

En este punto resulta oportuno recordar que conforme a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, pueden prestar servicios públicos domiciliarios, entre otras personas, las “empresas de servicios públicos”. Y que el artículo 17 de la misma ley prescribe que “las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones”. Al respecto, dicha Corporación ha explicado lo siguiente:

“El término empresas de servicios públicos domiciliarios, lo reserva la Ley 142 de 1994 para las sociedades por acciones –sean éstas públicas, mixtas o privadas...que participen en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; o la realización de una o varias de las actividades complementarias... De tal manera que una comunidad organizada mediante una forma diferente no es considerada empresa de servicios públicos domiciliarios. (negrilla fuera de texto).

De la interpretación que hace la Corte Constitucional de la norma y para dar respuesta al interrogante 1 de la consulta, se pueden concluir que las entidades públicas solo pueden aportar bienes o derechos a las empresas de servicios públicos, constituidas de la forma establecida en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, es decir, sociedades por acciones.

Es importante, recordar que la ley comercial indica que en Colombia coexisten tres clases de sociedades por acciones, ellas son: (i) Sociedad Anónimas (Código de Comercio, artículos 373 y siguientes); (ii) Sociedad en Comandita por Acciones (Código de Comercio, artículos 343 y siguientes); y (iii) Sociedad por Acciones Simplificadas (Ley 1258 de 2008).

Ahora bien, en lo referente a los interrogantes 2 y 3, mediante los cuales se solicitó se informe el procedimiento y el régimen legal al que las entidades públicas deben ceñirse cuando realicen aportes y bienes a las entidades públicas.

Es menester aclarar que el mecanismo a que se refiere el numeral 9 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 143 de la Ley 1151 de 2007, implica una entrega de bienes y derechos a un prestador de servicios públicos domiciliarios, bajo la condición de que dichos bienes sean utilizados,

mantenidos y conservados por el receptor, para su posterior devolución. Lo anterior significa que en los eventos reglados por el numeral analizado, se celebra un acuerdo entre una entidad oficial y una empresa de servicios públicos domiciliarios, cualquiera sea su naturaleza, con obligaciones recíprocas entre ambas, cuyo objeto es la operación de unos bienes públicos en favor de una comunidad de usuarios.

Por lo anterior, no existe una forma contractual específica para materializar el aporte bajo condición, de manera que ello dependerá de la voluntad de las partes y el deseo de incluir las cláusulas que darían estructura y esencia al aporte bajo condición, como lo es precisamente, que el valor de la inversión no pueda reflejarse en las tarifas a los usuarios del servicio. En los demás aspectos del contrato, su definición permanece en el exclusivo resorte de las partes.

En tal sentido, resulta ajeno a las competencias de esta Superintendencia la posibilidad de señalar tanto la clase de contratos que deberían aplicarse, para los aportes bajo condición, como los elementos constitutivos de los mismos, ya que la ley no los ha delimitado y por tanto, se encuentra en la órbita de la autonomía de la voluntad particular.

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 <http://basedoc.superservicios.gov.co/ark-legal/SSPD/index>, donde encontrará la normatividad, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,

MYRIAM PATRICIA PEÑA MARTÍNEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Radicado 20185291361722.

TEMA: ENTREGA DE INFRAESTRUCTURA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Subtema: Aportes bajo condición.

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 expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”.

7. Corte Constitucional expediente D-7176 Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

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