

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: RADS

Fecha: FRADS

NT-F-001. V.12

Página 1 de 12

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2026-129

Señor

XXXXXXXXXXXX

Ref. Solicitud de concepto¹

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1369 de 2020², 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 2011³, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁴.

¹ Radicado

TEMA: AUDITORIA EXTERNA DE GESTIÓN Y RESULTADOS

Subtemas: EXCEPCIONES

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.”

La Superservicios comprometida con el Sistema de Gestión Antisoborno los invita a conocer los lineamientos, directrices y el canal de denuncias en el siguiente link: <https://www.superservicios.gov.co/Atencion-y-servicios-a-la-ciudadania/peticiones-quejas-reclamos-sugerencias-denuncias-y-felicitaciones>

Sede principal.
Bogotá D.C. Carrera 18 nro. 84-35
Código postal: 110221
PBX 60 (1) 745 6011.
Celular: 3203509009
sspd@superservicios.gov.co.
NIT: 800.250.984.6
www.superservicios.gov.co

Direcciones Territoriales
Diagonal 92 # 17A – 42, Edificio Brickell Center, piso 3.
Código postal: 110221
Barranquilla. Carrera 59 nro. 75 -134. Código postal: 080001
Bucaramanga. Carrera 34 No. 54 – 92. Código postal: 680003
Cali. Calle 21 Norte N° 6N-14 EDIF. PORVENIR 2do piso. Código postal: 760046
Medellín. Avenida calle 33 nro. 74 B – 253. Código postal: 050031
Montería. Carrera 7 nro. 43-25. Código postal: 230002
Neiva. Calle 11 nro. 5 – 62. Código postal: 410010

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:

“(...) me permito solicitar de manera respetuosa la emisión de un concepto jurídico relacionado con la interpretación y aplicación del artículo 51 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 6 de la Ley 689 de 2001.

Actualmente, la empresa presta servicios públicos domiciliarios y cuenta con un total de 2.038 usuarios activos. En este contexto, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal b) del parágrafo 1° del artículo 51 ibídem, según el cual no están obligadas a contratar auditoría externa de gestión y resultados las empresas que atiendan menos de dos mil quinientos (2.500) usuarios, se solicita confirmar si, en las condiciones descritas, la empresa se encuentra exenta de dicha obligación.

Adicionalmente, se solicita concepto respecto del siguiente escenario hipotético: en el evento en que la empresa supere el umbral de los 2.500 usuarios, pero continúe prestando el servicio exclusivamente en municipios clasificados en categoría 5 o 6, de conformidad con la normativa vigente, ¿se mantendría la excepción a la obligación de contratar auditoría externa de gestión y resultados, o en tal caso surgiría la obligación de suscribir dicho contrato?

Lo anterior, considerando lo dispuesto en el literal d) del parágrafo 1° del artículo 51 de la Ley 142 de 1994, que contempla una excepción para las empresas que operan exclusivamente en municipios menores o en zonas rurales. (...)”

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley 136 de 1994⁵

Ley 142 de 1994⁶

Ley 388 de 1997⁷

Memorando 20171300057303 del 13 de julio de 2017

Concepto Unificado SSPD-OJU-2009-06

Concepto SSPD-2017-643

Concepto SSPD-2023-89

Concepto SSPD-2023-620

Concepto SSPD-2022-694

CONSIDERACIONES

⁵ “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.”

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.”

Sea lo primero advertir que, en sede de consulta no es procedente emitir pronunciamientos o decidir situaciones de carácter particular y concreto, teniendo en cuenta que los conceptos constituyen orientaciones, basadas en una interpretación jurídica general de la normativa que conforma el régimen de los servicios públicos domiciliarios, los cuales no comprometen la responsabilidad de la Superintendencia y tampoco tienen carácter obligatorio o vinculante, ya que se emiten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

De conformidad con lo expuesto, es claro que no es procedente que esta oficina se pronuncie sobre el caso particular y concreto del consultante, por lo cual, corresponde al prestador evaluar si se encuentra en alguno de los presupuestos de hecho del parágrafo 1 del artículo 51 de la ley 142 de 1994, para definir si se encuentra obligado o no a contratar auditoria externa de gestión y resultados.

Obligación de contratar Auditoria externa de gestión y resultados

Como indicó esta oficina en el Concepto SSPD-2022-694 “(...) *La Auditoría Externa de Gestión de Resultados- AEGR es un procedimiento por medio del cual esta Superintendencia realiza un seguimiento y análisis a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, con el objeto de evaluar su gestión interna. Dicha evaluación, se realiza de acuerdo con su objeto social, objetivos generales y su eficiencia, obrando en función tanto de los intereses de la empresa y de sus socios, como del beneficio que efectivamente reciben los usuarios del respectivo servicio público domiciliario. (...)*”

La obligación de contratar una Auditoría Externa de Gestión y Resultados – AEGR, se encuentra prevista en el artículo 51 de la Ley 142 de 1994 y, las excepciones aplicables a dicha obligación, están consagradas en el parágrafo primero del mismo artículo. Veamos:

“ARTÍCULO 51. AUDITORÍA EXTERNA. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 689 de 2001. Aparte subrayado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE. El nuevo texto es el siguiente:> Independientemente del control interno, todas las Empresas de Servicios Públicos están obligadas a contratar una auditoría externa de gestión y resultados permanente con personas privadas especializadas. Cuando una Empresa de Servicios Públicos quiera cambiar a sus auditores externos, deberá solicitar permiso a la Superintendencia, informándole sobre las causas que la llevaron a esa decisión. La Superintendencia podrá negar la solicitud mediante resolución motivada. (...)

PARÁGRAFO 1o. Las Empresas de Servicios Públicos celebrarán los contratos de auditoría externa de gestión y resultados con personas jurídicas privadas especializadas por períodos mínimos de un año.

No estarán obligados a contratar auditoría externa de gestión y resultados, los siguientes prestadores de servicios públicos domiciliarios:

a) <Apartes tachados declarados INEXEQUIBLES> ~~A criterio de la Superintendencia,~~ las entidades oficiales que presten los servicios públicos de que trata la Ley 142 de 1994, si

~~demuestran que el control fiscal e interno de que son objeto satisfacen a cabalidad los requerimientos de un control eficiente. Las comisiones de regulación definirán de manera general las metodologías para determinar los casos en que las entidades oficiales no requieran de una auditoría externa;~~

b) Las empresas de servicios públicos que atiendan menos de dos mil quinientos (2.500) usuarios;

c) Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos;

d) Las empresas de servicios públicos que operen exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores según la ley o en zonas rurales;

e) Las organizaciones autorizadas de que trata el artículo 15 numeral 15.4 de la Ley 142 de 1994 para la prestación de servicios públicos;

f) Los productores de servicios marginales.

PARÁGRAFO 2o. En los municipios menores de categoría 5 y 6 de acuerdo con la Ley 136 de 1994 (Régimen Municipal), que sean prestadores directos de un servicio público domiciliario, las funciones de auditoría externa quedarán en cabeza del Jefe de la Oficina de Control Interno del municipio.

PARÁGRAFO 3o. La Superintendencia concederá o negará, mediante resolución motivada, el permiso al que se refiere el presente artículo.”

Como indica el artículo 51 de la Ley 142 de 1994, independientemente del control interno, todas las Empresas de Servicios Públicos están obligadas a contratar una auditoría externa de gestión y resultados permanente con personas jurídicas privadas especializadas.

De otra parte, debe tenerse en cuenta el ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994:

“ARTÍCULO 1o. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY. <Aparte entre paréntesis cuadrados [...] adicionado mediante FE DE ERRATAS. El texto corregido es el siguiente:> Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, (...); a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley.”

Igualmente, es necesario recordar lo dispuesto en el inciso final del artículo 3 de la Ley 142 de 1994:

“(…) Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones, al control, inspección y

vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, y a las contribuciones para aquéllas y ésta. (...)”

En virtud de dichas disposiciones, la obligación de contratar auditoría externa de gestión y resultados es extensiva a los prestadores de servicios públicos domiciliarios y, a quienes realicen las actividades complementarias o especiales establecidas en la Ley 142 de 1994.

En este sentido, la obligación de contratar Auditoría Externa de Gestión y Resultados constituye una regla general aplicable a todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios, cuya exigibilidad solo cede frente a las excepciones expresamente previstas en la ley, las cuales deben ser interpretadas de manera restrictiva.

Excepciones al deber de contratar auditoría externa de gestión y resultados

Como se indicó las excepciones al deber de contratar auditoría externa de gestión y resultados, se encuentran consagradas en el parágrafo 1 del artículo 51 de la Ley 142 de 1994.

Dichas excepciones son taxativas, y por tanto no es posible su interpretación analógica o extensiva.

Así mismo, debe precisarse que las excepciones previstas en el parágrafo 1 del artículo 51 de la Ley 142 de 1994 son autónomas entre sí, por lo que la configuración de cualquiera de ellas resulta suficiente para exonerar la obligación, siempre que se acrediten los supuestos de hecho previstos en la norma.

En este sentido, la configuración de dichas excepciones deberá ser acreditada por el prestador con base en elementos objetivos y verificables, en atención a la naturaleza excepcional de las mismas.

Esta oficina se refirió al alcance de las dos excepciones a que alude la consulta, en el Concepto Unificado SSPD-OJU-2009-06, veamos:

“(...) 4.6. EXCEPCIONES A LA OBLIGATORIEDAD DE CONTRATAR AUDITORÍA EXTERNA DE GESTIÓN Y RESULTADOS. (...)

4.6.2 EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS QUE ATIENDAN MENOS DE DOS MIL QUINIENTOS (2.500) USUARIOS.

El artículo 51 de la ley 142 de 1994, dispuso como regla general que independientemente del control interno, todas las empresas de servicios públicos están obligadas a contratar una auditoría externa de gestión y resultados. El parágrafo 1º del referido artículo 51 hizo varias excepciones, una de ellas, la del literal b), que se refiere a las “empresas de servicios públicos que atiendan menos de dos mil quinientos (2.500) usuarios”.

En esta disposición, el vocablo usuario debe entenderse como lo define el numeral 14.33 del artículo 14 de la ley 142 de 1994, vale decir, como la “persona natural o jurídica que se

beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde éste se presta, o como receptor directo del servicio”.

*Ahora bien, es de señalarse que es de la naturaleza y esencia de los servicios públicos domiciliarios que estos **puedan llegar al punto terminal de las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios.***

*De igual forma, se precisa que en los servicios públicos domiciliarios existen actividades complementarias, cuyo desarrollo gira en torno a la cadena de prestación de un servicio que por esencia y definición legal es **domiciliario**; por ende, no podría hablarse en estricto sensu de una actividad independiente y que no cumpla las finalidades y naturaleza del servicio público domiciliario **y que por tanto no se preste a usuarios.***

En consecuencia, de ello, esos servicios complementarios dentro de la prestación del servicio público, conllevan el ejercicio de unas actividades dentro de una cadena de prestación de un servicio que, finalmente, es prestado en los domicilios o sitios de trabajo de los usuarios.

De acuerdo con lo dicho, no puede entenderse que, para el caso de las empresas dedicadas a una actividad complementaria, sus usuarios correspondan a otros agentes de la cadena de prestación del servicio, como, por ejemplo, que quien realiza la disposición final pretenda solo tener como usuario al prestador con quien realizó el contrato.

Por el contrario, atendiendo lo previamente citado, los usuarios de una actividad complementaria, como por ejemplo lo sería la disposición final en el servicio de aseo, para efectos de la aplicación de la excepción del parágrafo 1º del referido artículo 51 de la Ley 142 de 1994, deberán corresponder a todos los usuarios que han generado o producido los residuos que son llevados a disposición final o, en el caso de otros servicios, deberán corresponder a todos los usuarios que han generado o producido la movilidad de toda la cadena de prestación del servicio público domiciliario.

*En consecuencia, de ello, la regla general para todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios es la de contratar una auditoría externa de gestión y resultados al tenor de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 142 de 1994, mientras que la excepción la constituirían todas las empresas que dentro de dicho universo tienen **usuarios finales en cantidad inferior a los dos mil quinientos.***

Ahora bien, si la medición del número de usuarios finales no es posible y por consiguiente no se puede establecer si una empresa atiende o no a menos de dos mil quinientos usuarios, la excepción que se viene comentando no aplicaría, razón por la cual habrá de entenderse que la empresa se encuentra sujeta a la regla general de contratación de la AEGR, toda vez que la norma se aplica justamente sólo a aquellas empresas cuyo número de usuarios finales sea posible cuantificar.

Por último, para el caso del servicio de Gas Licuado de Petróleo, todas las empresas que se encuentren en el periodo de transición regulatoria⁷ deben contratar la auditoría externa, pues a pesar de que puedan existir estudios que reflejen la cantidad promedio de demanda de

cilindros vendidos, esta circunstancia no da certeza que la empresa atiende a menos de 2500 usuarios específicos, por no tener una relación contractual permanente con estos.

4.6.3. LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS QUE OPEREN EXCLUSIVAMENTE EN UNO DE LOS MUNICIPIOS CLASIFICADOS COMO MENORES SEGÚN LA LEY O EN ZONAS RURALES.

La finalidad del inciso primero del artículo 51 de la ley 142 de 1994, es que toda empresa de servicios públicos cuente con un Auditor Externo de Gestión y Resultados que sirva como instrumento de apoyo a las funciones de vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, en particular en lo que tiene ver con la evaluación de la gestión y resultados de las empresas de servicios públicos prevista en el numeral 11 del artículo 79 de la ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la ley 689 de 2001.

Por su parte, el párrafo 1 del literal d) establece que no están obligados a contratar auditoria externa de gestión y resultados, “Las empresas de servicios públicos que operen exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores según la ley o en zonas rurales.”

Las excepciones del párrafo 1 del artículo 51 tienen como propósito hacer menos onerosa la operación de las empresas de servicios públicos de menor tamaño. Así, si una empresa de servicios públicos opera de manera exclusiva en un municipio menor o en una zona rural está excluido de la obligación de contratar el AEGR.

No obstante, si esa misma empresa opera en varios municipios menores tendrá que contratar un AEGR, es decir, no requiere contratar un AEGR para cada municipio, pues de conformidad con el numeral 11 del artículo 79 citado, la Superintendencia evalúa es la gestión de la empresa como unidad de negocio.

Finalmente, en el caso que una empresa opere en varios municipios menores, pero sumados sus usuarios, sean menos de dos mil quinientos, esta empresa estaría exceptuada de la obligación de tener AEGR, pero no en razón al literal d) de la norma en comento, sino en los términos de la excepción consagrada en el literal b). (...)”

Adicionalmente, en el Concepto SSPD-2023-89 esta oficina conceptuó sobre la interpretación de la excepción referida a los prestadores que atienden menos de 2.500 usuarios, veamos:

“(…) En línea con tal disposición, y atendiendo con claridad a su espíritu, esta Oficina ha sentado doctrina unificada indicando que todas las actividades de prestación de servicios públicos domiciliarios tienden a la atención de usuarios finales, por lo que cuando el número de los usuarios que atienden no puede determinarse, la excepción referida no aplica y debe contratarse la auditoría externa de gestión y resultados. (...)”

En esa misma línea, a través de Memorando SSPD No. 20161300046993, señaló esta Oficina a su Delegada que la excepción consagrada en el literal b) de la forma (SIC) citada solo es predicable de distribuidores y comercializadores cuya vocación sea la de atender a usuarios finales; de tal manera que la excepción no cubre a quienes no los atiendan.

Conforme lo expuesto, y en el caso de los productores comercializadores de Gas, se tiene que éstos no podrían alegar la excepción prevista en el literal b) pues, por definición, no están llamados a atender usuarios finales. En consecuencia, su condición de sujetos obligados o no a la contratación de la Auditoría Externa de Gestión y Resultados, dependerá de la prueba de algunas de las demás excepciones referidas en la norma bajo análisis (...).” (Subrayas fuera del texto)⁸

En los términos del memorando previamente citado, es claro que la excepción señalada en el literal b) del parágrafo 1 del citado artículo 51 de la Ley 142 de 1994, hace referencia a “usuarios finales determinables”, lo que significa que no podrán acceder a esta excepción, ni los prestadores de servicios públicos domiciliarios que no atiendan usuarios finales, como es el caso de los productores comercializadores de Gas, ni aquellos prestadores que no pueden determinar los usuarios finales que atienden.

Los demás, es decir, aquellos prestadores que atiendan usuarios finales, y que, adicionalmente, puedan determinar cuántos usuarios de este tipo atienden, podrán hacer valer dicha excepción ante esta Superintendencia. (...)”

Prestadores que atienden menos de 2.500 usuarios

Con respecto a la excepción contenida en el literal b) del parágrafo 1 del artículo 51 de la ley 142 de 1994, esta se refiere a prestadores que atiendan menos de 2.500 usuarios. Sin embargo, la excepción solo resulta aplicable a los prestadores que por la naturaleza del servicio: a) tengan usuarios finales y, b) estos sean determinables.

Por tal motivo, no será aplicable esta excepción a prestadores que:

- a) No atiendan usuarios finales, como los prestadores que desarrollan la actividad de generación o transmisión de energía eléctrica, y los productores comercializadores de gas⁹.
- b) No pueden determinar los usuarios finales que atienden, como las plantas regasificadoras de gas¹⁰.

⁸ El memorando SSPD No. 20161300046993 indica a continuación“(…) Al respecto, se debe aclarar que esta regla debe aplicarse aún frente a Productores Comercializadores y Comercializadores de Gas Importado que hayan registrado este tipo de usuarios en el Sistema Único de Información - SUI, a menos que se demuestre que todo el gas que producen o importan para después comercializar se ha contratado con los usuarios que han registrado, pues si parte del mismo se vende a transportadores y distribuidores, ante la indefinición de los usuarios que estos últimos prestadores atenderán, se aplicará la regla lógica indicada por esta Oficina, según la cual, cuando el número de usuarios atendido por el prestador no puede determinarse, no puede aplicarse la excepción analizada.

En otras palabras, si todo el gas producido o importado se vende a usuarios cuyo número inferior al establecido en el literal b) del artículo 51 de la Ley 142 de 1994, se aplicará la excepción; pero si parte de ese gas se nombra a transportadores o distribuidores, ante imposibilidad de determinar el número de usuarios finales atendidos, será imposible su aplicación por las razones expuestas. (...)”

⁹ Como se indicó en el Concepto SSPD-2023-620 “(...) Siendo así, un comercializador al que un productor-comercializador le vende y entrega gas no podría ser considerado usuario del servicio en los términos del numeral 14.33 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes. (...)”

¹⁰ En el Concepto SSPD-2017-643 se indicó “(...) En el caso de Plantas Regasificadoras de Gas se tiene que el número de usuarios atendidos por el prestador, el cual es indeterminado, no puede confundirse con el número de agentes que se conectan a la infraestructura de regasificación, y que son en su mayoría transportadores, que se sirven del servicio del agente regasificador, para permitir la prestación del servicio a múltiples usuarios, que en su condición de receptores finales del servicio, son aquellos a los que se refiere la excepción del artículo 51 a que antes nos referimos. (...) Dado lo anterior, en el caso de un agente regasificador de gas, el número de usuarios que deberá tenerse en cuenta para efectos de la aplicación de la excepción analizada deberá ser el que resulte de conocer el número de usuarios finales que se benefician con la actividad de regasificación desarrollada. Si dicho número no puede determinarse la excepción no podrá aplicarse. (...)”

Prestadores que operan exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores según la ley

La causal contenida en el literal d) del párrafo 1 del artículo 51 de la ley 142 de 1994, se refiere a dos eventos: a) Prestadores que operen exclusivamente en un municipio clasificado como menor y b) Prestadores que operen exclusivamente en zonas rurales.

En esta ocasión nos referiremos solo al primer evento.

Para determinar el alcance de esta causal debemos definir cuáles son los municipios menores a que alude la causal. Así las cosas, el artículo 93 de la Ley 388 de 1997 determina que “(...) *Para los efectos de esta ley y de la Ley 142 de 1994, considerarse "municipios menores" los clasificados en las categorías 5ª y 6ª de la Ley 136 de 1994. (..)*”

Por su parte, la Ley 136 de 1994 en su artículo 6, determina la categorización de distritos y municipios así:

“Artículo 6. Categorización de los distritos y municipios. <Artículo modificado por el artículo 153 del Decreto Ley 2106 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Los distritos y municipios se clasificarán atendiendo su población, ingresos corrientes de libre destinación y situación Geográfica. Para efectos de lo previsto en la ley y las demás normas que expresamente lo dispongan, las categorías serán las siguientes: (...)

III. TERCER GRUPO (MUNICIPIOS BÁSICOS)

6. QUINTA CATEGORÍA

Población: Con población comprendida entre diez mil uno (10.001) y veinte mil (20.000) habitantes.

Ingresos corrientes de libre destinación anuales: Superiores a quince mil (15.000) y hasta veinticinco mil (25.000) salarios mínimos legales mensuales.

7. SEXTA CATEGORÍA

Población: Población igual o inferior a diez mil (10.000) habitantes.

Ingresos corrientes de libre destinación anuales: No superiores a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO 1o. Los municipios que, de acuerdo con su población, deban clasificarse en una determinada categoría, pero superen el monto de ingresos corrientes de libre destinación anuales señalados en el presente artículo para la misma, se clasificarán en la categoría inmediatamente superior.

Los municipios cuya población corresponda a una categoría determinada, pero cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales no alcancen el monto señalado en el

presente artículo para la misma, se clasificarán en la categoría correspondiente a sus ingresos corrientes de libre destinación anuales.

PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio de la categoría que corresponda según los criterios señalados en el presente artículo, cuando un distrito o municipio destine a gastos de funcionamiento porcentajes superiores a los límites que establece la ley, se reclasificará en la categoría inmediatamente inferior.

Ningún municipio podrá aumentar o descender más de dos categorías entre un año y el siguiente.

PARÁGRAFO 3o. Los alcaldes determinarán anualmente, mediante decreto expedido antes del treinta y uno (31) de octubre, la categoría en la que se encuentra clasificado para el año siguiente el respectivo distrito o municipio. (...) Si el respectivo alcalde no expide el decreto en el término señalado en el presente párrafo, dicha categorización será fijada por el Contador General de la Nación en el mes de noviembre. (...)

Así las cosas, la causal exceptúa de la obligación de contratar auditoría externa de gestión y resultados a los prestadores que operen solo en un municipio de quinta o sexta categoría.

Esta oficina se pronunció sobre el alcance de esta causal en el Memorando 20171300057303 del 13 de julio de 2017, que, si bien está referido a energía eléctrica, ilustra situaciones que los prestadores deben tener en cuenta al interpretar la causal, veamos:

"(...) Al respecto, en la citada disposición, se usa la frase "que operen exclusivamente", lo que genera cierta incertidumbre acerca de cuál fue el espíritu del legislador en torno a esta excepción.

Pues bien, en opinión de esta Oficina, dicha incertidumbre debe resolverse a partir del entendimiento de que la regla general en materia de contratación de AEGR, es, como ya lo hemos dicho, que TODOS los prestadores deben contar con auditoría, por lo que las excepciones a dicha regla deben interpretarse de forma restrictiva, de manera que se cumpla la voluntad legislativa a la que aquí nos hemos referido.

Dado lo anterior, cuando la norma habla de operación exclusiva, debe entenderse la que se desarrolla y tiene efectos en un sitio determinado, en este caso, en un municipio clasificado como menor según la Ley o en una zona rural, regla que no se cumple de forma general en materia de generación de energía eléctrica, en donde si bien el punto de generación puede ubicarse en un municipio menor, gracias a la interconexión los efectos de la misma pueden verificarse en distintos puntos de la geografía nacional.

Desde ese punto de vista, un generador de energía sólo estaría excluido de la contratación de AEGR por la causal aquí analizada, si el mismo (i) genera en un municipio menor o en una zona rural que haga parte de una Zona No Interconectada, o (ii) si estando su punto de generación conectado al Sistema Interconectado Nacional - SIN, los contratos de venta de energía están dirigidos a la atención de un mercado regulado en específico que cumpla con la condición impuesta en la norma, es decir, en donde se especifique que la energía

generada y vendida, se usará de forma exclusiva para la atención de un municipio menor o zona rural, hecho que en la práctica no resulta viable ni lógico, dada la estructura funcional de nuestro mercado de comercialización de energía eléctrica, así como los aspectos técnicos relativos a su interconexión física. (...)" Negrillas fuera del texto.

De lo expresado resulta claro que la causal, está prevista para exceptuar solo a prestadores que operen exclusivamente en un municipio menor. En caso que opere en varios municipios menores estaría obligado a contratar auditoría externa, salvo que se encuentre incurso en otra de las causales a que alude el parágrafo primero del artículo 51 de la Ley 142 de 1994.

CONCLUSIONES

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se presentan las siguientes conclusiones:

- No es procedente que esta oficina se pronuncie sobre un caso particular y concreto, así las cosas, corresponde al prestador evaluar si se encuentra en alguno de los presupuestos de hecho del parágrafo 1 del artículo 51 de la Ley 142 de 1994, para definir si se encuentra obligado o no a contratar auditoría externa de gestión y resultados.
- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 142 de 1994, **todos** los prestadores de servicios públicos domiciliarios deben contratar una Auditoría Externa de Gestión y Resultados permanente con personas jurídicas especializadas.

El ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994 comprende: a) los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y distribución de gas combustible, b) las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la citada Ley, c) las actividades complementarias definidas en el capítulo II del título preliminar de la misma y, d) los otros servicios previstos en normas especiales de la Ley 142 de 1994.

Por tal motivo, y como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 142 de 1994, la obligación de contratar auditoría externa de gestión y resultados es extensiva a los prestadores de servicios públicos domiciliarios y, a quienes realicen las actividades complementarias o especiales establecidas en la Ley 142 de 1994.

- El parágrafo 1 del artículo 51 de la Ley 142 de 1994 señala las causales por las que los prestadores de servicios públicos domiciliarios podrían estar exentos de la obligación de contratar la auditoría externa de gestión y resultados. Estas excepciones son taxativas, y, por tanto, no es posible su interpretación analógica o extensiva.

Con respecto a la excepción del literal b), esta hace referencia a los **prestadores que atiendan menos de 2.500 usuarios**, sin embargo, como se indicó estos 2.500 usuarios deben corresponder a usuarios finales determinables. Por tal motivo, no le será aplicable esta excepción a prestadores que:

- a) No atiendan usuarios finales: como los prestadores que desarrollan la actividad de generación o transmisión de energía eléctrica, y los productores comercializadores de gas¹¹.
- b) No puedan determinar los usuarios finales que atienden: como el caso de las plantas regasificadoras de gas¹².

Respecto a la excepción del literal d), a que alude la consulta, esta se refiere a los **prestadores que operen exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores** (lo cual corresponde a los clasificados en las categorías 5 y 6 de la Ley 136 de 1994).

Por tal motivo, en caso que un prestador opere en **varios** municipios menores **estaría obligado** a contratar auditoría externa, salvo que se encuentre incurso en otra de las causales a que alude el parágrafo primero del artículo 51 de la Ley 142 de 1994.

No obstante, lo anterior, consideramos necesario aclarar que, si un prestador **solo** opera en **un municipio menor**, **no estaría obligado** a contratar auditoría externa, **aunque tenga más de 2.500 usuarios**, puesto que para estar exceptuado solo debe acreditar que cumpla **una** de las causales del parágrafo 1 del artículo 51 de la ley 142 de 1994.

Cordialmente,

MARÍA CAMILA LOZANO MARTÍNEZ
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E)

¹¹ Como se indicó en el Concepto SSPD-2023-620 "(...) Siendo así, un comercializador al que un productor-comercializador le vende y entrega gas no podría ser considerado usuario del servicio en los términos del numeral 14.33 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes. (...)".

¹² En el Concepto SSPD-2017-643 se indicó "(...) En el caso de Plantas Regasificadoras de Gas se tiene que el número de usuarios atendidos por el prestador, el cual es indeterminado, no puede confundirse con el número de agentes que se conectan a la infraestructura de regasificación, y que son en su mayoría transportadores, que se sirven del servicio del agente regasificador, para permitir la prestación del servicio a múltiples usuarios, que en su condición de receptores finales del servicio, son aquellos a los que se refiere la excepción del artículo 51 a que antes nos referimos. (...) Dado lo anterior, en el caso de un agente regasificador de gas, el número de usuarios que deberá tenerse en cuenta para efectos de la aplicación de la excepción analizada deberá ser el que resulte de conocer el número de usuarios finales que se benefician con la actividad de regasificación desarrollada. Si dicho número no puede determinarse la excepción no podrá aplicarse. (...)".