

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **RADS**

Fecha: **FRADS**

NT-F-001. V.12

Página **1** de **24**

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2026-232

Señor

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

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: **RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TOMA DE POSESIÓN Y DE LOS AGENTES ESPECIALES Y LIQUIDADORES**

Subtemas: facultades de la Superintendencia de servicios Públicos Domiciliarios y Personas excluidas del régimen de insolvencia previsto en la Ley 1116 de 2006.

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

La consulta elevada contiene una serie de interrogantes relativos al régimen aplicable a la toma de posesión de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, así como a la naturaleza jurídica de los agentes especiales y liquidadores designados, cuyo análisis jurídico se desarrolla en el presente concepto y cuyas conclusiones se presentan en el acápite correspondiente.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Constitución Política de Colombia
Ley 142 de 1994⁵
Decreto Ley 663 de 1993⁶
Decreto 2555 de 2010⁷
Decreto 1369 de 2020⁸
Corte Constitucional, sentencia C-895 de 2012
Circular Externa No. 20161000000034 del 2016
Concepto Unificado SSPD-OJU-2013-30
Concepto SSPD-OJ-2024-461

CONSIDERACIONES

Previo a emitir un pronunciamiento sobre la consulta formulada, es necesario reiterar que en sede de consulta no se emiten pronunciamientos y/o deciden situaciones de carácter particular y concreto, teniendo en cuenta que los conceptos constituyen orientaciones jurídicas que no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia y no tienen carácter obligatorio o vinculante, por cuanto se expiden conforme a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, el cual dispone:

“ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”
(subrayado fuera de texto).

Así, la función consultiva a cargo de las entidades públicas no tiene como finalidad resolver situaciones particulares ni establecer excepciones u obligaciones normativas para los peticionarios; por el contrario, su propósito es brindar orientación, comunicación e información.

⁵ “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.”

⁶ “Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”

⁷ “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.”

⁸ “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”

Ahora, con el propósito de atender la presente consulta, resulta necesario realizar una precisión inicial respecto las facultades de esta Superintendencia y el alcance del pronunciamiento que corresponde emitir a esta Superintendencia.

En tal sentido, debe señalarse que esta oficina únicamente realizará algunas precisiones generales sobre aquellos aspectos que guarden relación directa con el régimen de los servicios públicos domiciliarios y siempre dentro de las competencias asignadas a esta Superintendencia.

Precisado lo anterior, y con el propósito de brindar criterios generales de orientación sobre los asuntos objeto de consulta, a continuación, se desarrollarán algunas consideraciones en torno a los siguientes ejes temáticos: (i) Facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (ii) Personas excluidas del régimen de insolvencia previsto en la Ley 1116 de 2006, (ii) toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios y (iii) agentes especiales y Liquidadores, así:

1) Facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

En desarrollo de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 367 y 370 de la Carta, el legislador expidió la Ley 142 de 1994. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 75⁹ y 79¹⁰ de la Ley 142 de 1994, corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (“Superintendencia”) ejercer el control, inspección y vigilancia sobre las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y las actividades que estas desarrollan, dentro del marco jurídico establecido por dicha ley y las demás normas que la complementan.

Además, a esta Superintendencia le fueron otorgadas facultades para la adopción de medidas preventivas como las de toma de posesión a empresas de servicios públicos conforme al artículo 58 de la Ley 142 de 1994 que establece:

“Artículo 58. Medidas preventivas- Modificado parcialmente por el Artículo 28 Decreto 1165 de 1999. Cuando quienes prestan servicios públicos incumplan de manera reiterada, a juicio de la Superintendencia, los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad definidos por ella, ésta podrá ordenar la separación de los gerentes o de miembros de las juntas directivas de la empresa de los cargos que ocupan”.

Sobre el particular, el numeral 10 del artículo 8 del Decreto 1369 de 2020, establece que:

⁹ Ley 142 de 1994, artículo 75: “**ARTÍCULO 75. FUNCIONES PRESIDENCIALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS.** El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, y los demás servicios públicos a los que se aplica esta Ley, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del Superintendente y sus delegados.

¹⁰ Ley 142 de 1994, artículo 79: “**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. Son funciones de esta las siguientes:

1. 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.
2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los “comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios”; y sancionar sus violaciones. (...)”

“ARTÍCULO 8. FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Además de las contempladas en el parágrafo 2 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, son funciones del Superintendente las siguientes:

(...)

10. Tomar posesión de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en los casos y para los propósitos que contempla el artículo 59 de la Ley 142 de 1994 y las normas que lo modifique, adicionen o sustituyan (...).”

En otras palabras, la competencia de la Superintendencia, en especial el ejercicio de las funciones presidenciales aludidas, se desarrolla única y exclusivamente sobre los prestadores de servicios públicos domiciliarios, específicamente en cuanto a la ejecución de las actividades propias de la prestación del servicio o aquellas complementarias al mismo. Se resalta que a esta Superintendencia no le fueron asignadas facultades jurisdiccionales de forma alguna.

Con fundamento en las consideraciones efectuadas, es preciso señalar que esta Superintendencia no puede ir más allá de las funciones legales asignadas y, en ese sentido carece de competencia para efectuar interpretaciones respecto de disposiciones que pertenezcan a regímenes jurídicos diferentes al de los servicios públicos domiciliarios o que correspondan al ámbito funcional de otras autoridades administrativas.

Adicionalmente, es necesario resaltar que el ejercicio de la función consultiva, mecanismo usado en su solicitud, no se emiten pronunciamientos y/o deciden situaciones de carácter particular y concreto, como el planteado por el consultante, teniendo en cuenta que los conceptos constituyen orientaciones que no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia y tampoco tienen carácter obligatorio o vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, introducido por sustitución de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015. Además, que las orientaciones generales que se brindan deben circunscribirse a las materias propias de la competencia de esta Superintendencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121¹¹ de la Constitución Política, el cual dispone que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

Así las cosas, en este concepto, la Oficina Asesora Jurídica orientará al peticionario sobre aspectos generales de las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994 y demás normas que integran el régimen de los servicios públicos, en particular, respecto al régimen jurídico de la toma de posesión y sus liquidadores y administradores.

Además, le informamos que esta Superintendencia remitió su consulta a la Superintendencia Financiera de Colombia y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de los oficios con radicados 20261303519221 y 20261303517851, respectivamente para lo que consideren pertinente en el marco de sus competencias.

2) Personas excluidas del régimen de insolvencia previsto en la Ley 1116 de 2006.

¹¹ Constitución Política de Colombia, artículo 121: “**ARTICULO 121.** Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”

Teniendo en cuenta que su consulta tiene por objetivo la aplicación de la Ley 1116 de 2006 “*Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones*”, esta Superintendencia considera relevante transcribir los artículos 2 y 3 de la citada norma que establecen:

“Artículo 2. AMBITO DE APLICACIÓN. Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales.

(...)

Artículo 3. PERSONAS EXCLUIDAS. No están sujetas al régimen de insolvencia previsto en la presente ley:

1. Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

2. Las Bolsas de Valores y Agropecuarias.

3. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior no incluye a los emisores de valores, sometidos únicamente a control de la referida entidad.

4. Las entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que desarrollen actividades financieras, de ahorro y crédito.

5. Las sociedades de capital público, y las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial.

6. Las entidades de derecho público, entidades territoriales y descentralizadas.

7. Las empresas de servicios públicos domiciliarios.

(...) (Subrayado fuera de texto)

Conforme con lo anterior, y contrario a lo indicado en su consulta es claro que el régimen de insolvencia previsto en la Ley 1116 de 2006 no le es aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios en Colombia por la expresa exclusión que de ellas efectúa la citada norma. Ahora bien, esta Superintendencia resalta que esta exclusión no se aplica a algunos aspectos particulares y remisiones expresas a artículos determinados que realiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero aplicable a las tomas de posesión de empresas de servicios públicos

domiciliarios por expresa remisión del artículo 121 de la Ley 142 de 1994 en cuanto le sean pertinentes, como se explicará en el siguiente acápite.

3) Toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios

Conforme con el artículo 334 constitucional, la dirección general de la economía estará a cargo del Estado; en razón a ello, éste se encuentra facultado para intervenir, por mandato de la ley, entre otros aspectos, en los servicios públicos, con el fin de asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, pues su prestación es una actividad inherente a la finalidad del Estado

En ese sentido, el ordenamiento jurídico dotó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de amplias facultades para adoptar y ejecutar varias medidas para la inspección, vigilancia y control de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Este concepto, teniendo en cuenta el objeto de su consulta, se centrará en la medida de toma de posesión que ha sido definida jurisprudencialmente como *“...una medida de intervención extrema, en la que la Superintendencia de Servicios Públicos toma la administración de un prestador de servicios públicos, para administrarla o liquidarla según la situación en que se encuentre la empresa.*

*Esta medida tiene un carácter preventivo y la posibilidad de aplicación surge cuando quienes prestan servicios públicos incumplen de manera reiterada los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad definidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ésta podrá ordenar la separación de los gerentes o de miembros de las juntas directivas de la empresa de los cargos que ocupan”*¹². En ese sentido, la toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios constituye *“...la concreción de uno de los diversos instrumentos de intervención estatal por parte del órgano de inspección, control y vigilancia. Se trata de una medida excepcional y discrecional sujeta a una normatividad especial, que como afirma el profesor Palacios Mejía “es un régimen de derecho administrativo, que manifiesta el propósito del Estado de intervenir en la dirección de la economía, y que no tiene paralelo en el derecho comercial...”*¹³

En ese contexto, la intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios persigue, entre otros fines, asegurar el acceso efectivo a estos y propender porque su prestación se desarrolle bajo criterios de calidad, continuidad y eficiencia. En ese marco, las medidas de intervención constituyen mecanismos orientados a restablecer las condiciones necesarias para la adecuada prestación del servicio.

La adopción de dicha medida encuentra fundamento en la configuración de una o varias de las causales previstas en el artículo 59 de la Ley 142 de 1994, el cual dispone:

“ARTÍCULO 59. CAUSALES, MODALIDAD Y DURACIÓN. El Superintendente de servicios públicos podrá tomar posesión de una empresa, en los siguientes casos:

¹²Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-895 del 31 de octubre de 2012. M.P.: María Victoria Calle Correa. Expediente: D-9066. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6° (parcial) de la Ley 1370 de 2009 y 17 (parcial) de la Ley 863 de 2003.

¹³ Concepto SSPD 777 de 2001.

59.1. Cuando la empresa no quiera o no pueda prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas, y la prestación sea indispensable para preservar el orden público o el orden económico, o para evitar perjuicios graves e indebidos a los usuarios o a terceros.

59.2. Cuando sus administradores persistan en violar en forma grave las normas a las que deben estar sujetos, o en incumplir sus contratos.

59.3. Cuando sus administradores hayan rehusado dar información veraz, completa y oportuna a una comisión reguladora o a la Superintendencia, o a las personas a quienes éstas hayan confiado la responsabilidad de obtenerla.

59.4. Cuando se declare la caducidad de uno de los permisos, licencias o concesiones que la empresa de servicios públicos haya obtenido para adelantar sus actividades, si ello constituye indicio serio de que no está en capacidad o en ánimo de cumplir los demás y de acatar las leyes y normas aplicables.

59.5. En casos de calamidad o de perturbación del orden público;

59.6. Cuando, sin razones técnicas, legales o económicas de consideración sus administradores no quisieren colaborar para evitar a los usuarios graves problemas derivados de la imposibilidad de otra empresa de servicios públicos para desempeñarse normalmente.

59.7. Si, en forma grave, la empresa ha suspendido o se teme que pueda suspender el pago de sus obligaciones mercantiles.

59.8. Cuando la empresa entre en proceso de liquidación”.

Ahora, resulta preciso señalar que, de manera previa a la adopción de la medida de toma de posesión, se requiere contar con el concepto de la comisión de regulación competente del sector al que corresponda el servicio público domiciliario objeto de la medida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley 142 de 1994, disposición que además de establecer dicho requisito, regula el procedimiento aplicable y determina el alcance de la medida, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 121. PROCEDIMIENTO Y ALCANCES DE LA TOMA DE POSESIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. *La toma de posesión ocurrirá previo concepto de la comisión que regule el servicio, y puede realizarse también para liquidar la empresa. No requiere citaciones o comunicaciones a los interesados antes de que se produzca el acto administrativo que la ordene; pero tal acto, que se notificará al representante legal de la empresa o, en su defecto, a cualquier funcionario que se encuentre en las dependencias de ésta, es recurrible en el efecto devolutivo.*

La Superintendencia podrá pedir a las autoridades competentes, en el evento de toma de posesión, que declaren la caducidad de los contratos de concesión a los que se refiere esta Ley.

Los ingresos de la empresa se podrán utilizar para pagar los gastos de la administración de la Superintendencia. Cuando la toma de posesión no sea una sanción para la empresa, se la indemnizará plenamente por los perjuicios que le pueda haber ocasionado.

Si después del plazo prudencial señalado por el Superintendente para la toma de posesión de una empresa de servicios públicos, para administrarla, que no podrá ser superior a dos (2) años, por razones imputables a sus administradores o accionistas, no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa.

Se aplicarán, en estos casos, y en cuanto sean pertinentes, las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras. Las referencias que allí se hacen respecto a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se entenderán hechas a la Superintendencia de servicios públicos; las que se hacen al Consejo Asesor se entenderán referidas a la comisión de regulación; las hechas a los ahorradores se entenderán hechas respecto a los acreedores; y las hechas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se tratarán como inexistentes”.

De acuerdo con lo anterior, la toma de posesión es una facultad de esta Superintendencia, que consiste en ordenar la intervención de un prestador de servicios públicos domiciliarios, que se encuentre inmerso en una o varias de las causales contenidas en el artículo 59 de la Ley 142 de 1994 orientada a la administración de la empresa prestadora o la liquidación de esta, según las circunstancias que dieron lugar a su adopción. Sobre el particular, el artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 21 de la Ley 510 de 1999 señala que la medida de toma de posesión procede en los siguientes eventos, veamos:

“ARTICULO 115. PROCEDENCIA DE LA MEDIDA. El Superintendente Bancario, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público, podrá tomar inmediata posesión de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada.

La toma de posesión tendrá por objeto establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas puedan obtener el pago total o parcial de sus acreencias.

(...)

Lo anterior no impedirá que, si en el desarrollo del proceso de liquidación se encuentra que es posible colocar la entidad en condiciones de desarrollar su objeto social o realizar actos que permitan a los ahorradores, inversionistas o depositantes obtener mejores condiciones para el pago total o parcial de sus acreencias de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, se adopten, previa decisión en tal sentido de la Superintendencia Bancaria, las medidas para el efecto.

Igualmente, si durante la administración de la entidad se encuentra que no es posible restablecerla para que desarrolle regularmente su objeto social, se podrán adoptar, previa decisión en tal sentido de la Superintendencia Bancaria, las medidas necesarias para su liquidación.” (Subrayado fuera del texto)

Al respecto, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-895 de 2012¹⁴, señaló:

“(…) La toma de posesión de empresas de servicios públicos domiciliarios tiene dos finalidades: (i) para administrar, cuyos propósitos fundamentales, entre otros, son los de garantizar la continuidad y calidad debidas del servicio y superar los problemas que dieron origen a la medida, de conformidad con los artículos 59, 60-2, 61 y 121 de la Ley 142 de 1994, hasta por dos años; y ii) para liquidar, cuando no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa (…).

En este sentido, dependiendo de la finalidad de la toma de posesión se designará el agente especial para su administración, o el liquidador para la liquidación respectiva”.

Así, la toma de posesión con fines de administración tiene como propósito garantizar la continuidad y calidad en la prestación del servicio, así como superar las causas que dieron origen a la adopción de la medida, mientras que, cuando dichas circunstancias no logran ser subsanadas procede la toma de posesión con fines de liquidación y se ordena la liquidación de la empresa.

En relación con este aspecto, esta oficina a través del Concepto SSPD-OJ-2024-461, definió las características de cada una de estas modalidades, en los siguientes términos:

“(…) - Con fines de administración.

Esta modalidad, regulada por el artículo 121 de la Ley 142 de 1994 y el último inciso del parágrafo del artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, supone que la entidad objeto de toma de posesión puede superar las causales que le dieron origen a la intervención con actos de mera gestión. Para adelantar el proceso, la Superservicios designa un agente especial.

El término de duración de esta modalidad de intervención es de un (1) año, prorrogable por un término igual, sin perjuicio de que se autorice una prórroga mayor, en los términos del artículo 9.1.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010.

En ese sentido, es preciso señalar que esta modalidad de intervención no implica la modificación o afectación de las acciones de los socios de la empresa intervenida, ya que su finalidad, se reitera, se limita a superar las causales que la originaron y a garantizar la continuidad en la prestación del servicio público respectivo, mediante actos de mera gestión.

- Con fines liquidatarios - Etapa de administración temporal.

Cuando las causas que dan origen a la intervención son de carácter estructural, la Superservicios en su calidad de autoridad de intervención, lidera y coordina las soluciones empresariales e institucionales, sostenibles en el largo plazo, que garanticen la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de la ESP intervenida, dando cumplimiento a lo

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-895 de 2012, expediente D-9066, M.P. María Victoria Calle Correa, 31 de octubre de 2012.

ordenado en el artículo 2 y 365 de la Constitución Política. Para este propósito, al igual que en la modalidad de administración, se designa un agente especial.

Dentro de las acciones que se puede adoptar en el marco de estos procesos está la de reestructuración financiera, administrativa, vinculación de operadores o gestores, liquidación y creación de nuevas empresas, entre otras.

Esta modalidad de toma de posesión, está regulada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el Título 1 de la Parte 9 de Decreto 2555 de 2010. La figura de la administración temporal es propia de la toma de posesión de la ESP y su fundamento legal se encuentra en el parágrafo del artículo 60 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 8 de la Ley 689 de 2001^[7].

Para esta modalidad de intervención no se dispone de un término legal, puesto que se requiere de la consecución de fuentes de financiamiento de planes de inversión, reestructuración financiera, aseguramiento de una gestión operativa y comercial eficiente, reducción de costos operativos y administrativos, fondeo de pasivo pensional, vinculación de gestores especializados, entre otros temas; aspectos que, a su vez, necesitan de actuaciones y apoyo de otras autoridades locales.

Muchas de estas actuaciones requieren la consecución de recursos, trámites de actos en concejos municipales, decisiones de alcaldes y gobernadores que, de suponer una limitación en el tiempo, puede conllevar al fracaso de las estrategias de reestructuración convenidas y de paso afectar la prestación de los servicios públicos, atentando contra una de las finalidades del Estado, prevista en el artículo 2 de la Constitución Política, consistente en garantizar la efectividad de los derechos de los habitantes del territorio nacional, entre ellos, el acceso a dicho servicios que tienen un carácter esencial.

En ese sentido, es preciso señalar que, cuando esta modalidad de intervención implique la liquidación de la empresa intervenida, eventualmente se puede llegar a presentar algún tipo de modificación o afectación a las acciones de los socios de la empresa en términos patrimoniales, sin embargo, este asunto dependerá de la situación financiera del prestador y de las medidas que adopte el agente liquidador, en el marco del proceso de liquidación, el cual será adelantado en cumplimiento de las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras.

- Con fines de liquidación.

Cuando la entidad intervenida no puede continuar con el desarrollo de su objeto social, la Superservicios puede ordenar su liquidación, momento a partir de la cual se impone la liquidación y disolución de la misma y las actividades a desarrollar son las tendientes a la terminación de la existencia legal, entre ellas, el pago de los pasivos hasta la concurrencia de los activos, los cuales son prenda general de los acreedores.

En este caso, el liquidador designado por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, deberá adoptar las medidas que se requieran para salvaguardar la prestación del servicio, tales como contratación de operadores, venta de los activos afectos a la prestación del servicio, entre otros.

En ese sentido, esta modalidad de intervención puede llegar a modificar o afectar las acciones de los socios de la empresa intervenida en términos patrimoniales, sin embargo, este asunto dependerá de la situación financiera del prestador y de las medidas que adopte el agente liquidador, en el marco del proceso de liquidación, el cual será adelantado en cumplimiento de las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras. En todo caso, las acciones adoptadas por el agente liquidador deberán salvaguardar la prestación del servicio.

Así las cosas, los efectos particulares que la toma de posesión puede generar en una empresa intervenida, dependerán de una u otra forma de la modalidad de intervención y de las medidas adelantadas por el agente especial, que como fue mencionado, bien puede ser interventor o liquidador.

En todo caso, se precisa que, con independencia de la modalidad de intervención, las funciones asignadas a los agentes especiales deben estar encaminadas a preservar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a los usuarios dentro de los límites laborales, financieros, operativos y comerciales. Igualmente, deben velar por la conservación y defensa de los activos de la prestadora intervenida. Todo ello en el marco de la autonomía en el cumplimiento de sus funciones legales, por lo que esta Superintendencia sólo realiza una labor de seguimiento y monitoreo de las gestiones adelantadas.”

En este orden de ideas, debe señalarse que, con independencia de la modalidad de intervención adoptada, las funciones asignadas a los agentes especiales deben estar orientadas a garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios a los usuarios, dentro del marco de las condiciones laborales, financieras, operativas y comerciales de la empresa intervenida; asimismo, corresponde a dichos agentes velar por la conservación, protección y defensa de los activos de la prestadora objeto de la medida.

Lo anterior, en ejercicio de la autonomía otorgada para el cumplimiento de sus funciones legales, sin perjuicio de la labor de inspección, control y vigilancia que corresponde adelantar a esta Superintendencia.

Además, en desarrollo de lo anterior, el artículo 9.1.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010, consagra, entre otras medidas preventivas que puede o debe ordenar según corresponda, esta Superintendencia, las siguientes:

“Artículo 9.1.1.1.1 Toma de posesión y medidas preventivas. De conformidad con el artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 21 de la Ley 510 de 1999, la toma de posesión tendrá por objeto establecer si la entidad vigilada debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas puedan obtener el pago total o parcial de sus acreencias. La decisión correspondiente deberá adoptarse por la Superintendencia Financiera de Colombia en un término no mayor de dos (2) meses contados a partir de la fecha de la toma de posesión, prorrogables por un término igual por dicha entidad, previo concepto del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN.

(...)

El acto administrativo que ordene la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia dispondrá las siguientes medidas preventivas:

1. Medidas preventivas obligatorias.

a) La inmediata guarda de los bienes de la institución financiera intervenida y la colocación de sellos y demás seguridades indispensables;

b) La orden de registro del acto administrativo que dispone la toma de posesión en la cámara de comercio del domicilio de la intervenida y en las del domicilio de sus sucursales; y, si es del caso, la de los nombramientos de los administradores y del revisor fiscal;

c) La comunicación al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN para que proceda a nombrar el agente especial;

d) La comunicación a los jueces de la República y a las autoridades que adelanten procesos de jurisdicción coactiva, sobre la suspensión de los procesos de la ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la entidad objeto de toma de posesión con ocasión de obligaciones anteriores a dicha medida, y la obligación de dar aplicación a las reglas previstas por los artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006;

e) La advertencia que, en adelante, no se podrá iniciar ni continuar procesos o actuación alguna contra la intervenida sin que se notifique personalmente al agente especial, so pena de nulidad;

f) La comunicación a la Superintendencia de Notariado y Registro, para que dicha entidad mediante circular ordene a todos los registradores de instrumentos públicos que, dentro de los treinta días siguientes a la toma de posesión, realicen las siguientes actividades y se abstengan de adelantar las que se mencionan a continuación:

Informar al agente especial sobre la existencia de folios de matrícula en los cuales figure la entidad intervenida como titular de bienes o cualquier clase de derechos; disponer el registro de la toma de posesión en los folios de matrícula de los bienes inmuebles de la institución financiera intervenida; cancelar los embargos decretados con anterioridad a la fecha de la adopción de la medida de toma de posesión que afecten los bienes de la intervenida; y cancelar los gravámenes que recaigan sobre los bienes de la institución financiera intervenida a solicitud elevada sólo por el agente especial mediante oficio.

Se deberá advertir además a los registradores para que se abstengan de cancelar los gravámenes constituidos a favor de la intervenida sobre cualquier bien cuya mutación

esté sujeta a registro, salvo expresa autorización del agente especial; así como de registrar cualquier acto que afecte el dominio de bienes de propiedad de la intervenida a menos que dicho acto haya sido realizado por la persona mencionada, caso en el cual deben cancelar la respectiva anotación sobre el registro de toma de posesión;

g) La comunicación al Ministerio de Transporte, para que dicha entidad directamente o mediante solicitud a todas las secretarías de tránsito y transporte proceda a realizar la inscripción de la medida de toma de posesión en el registro de automotores correspondiente o en el registro único nacional de tránsito; para que cancelen los embargos decretados con anterioridad a la fecha de la adopción de la medida de toma de posesión que afecten los vehículos de la intervenida; para que cancelen los gravámenes que recaigan sobre los vehículos de la institución financiera intervenida a solicitud unilateral del agente especial mediante oficio; para que se abstengan de cancelar los gravámenes constituidos sobre vehículos a favor de la institución financiera intervenida, cuya mutación esté sujeta a registro, salvo expresa autorización del agente especial; y para que se abstengan de registrar cualquier acto que afecte el dominio de vehículos de propiedad de la intervenida a menos que dicho acto haya sido realizado por la persona mencionada;

h) La prevención a todo acreedor, y en general a cualquier persona que tenga en su poder activos de propiedad de la institución financiera intervenida, para que proceda de manera inmediata a entregar dichos activos al agente especial;

i) La advertencia de que el agente especial está facultado para poner fin a cualquier clase de contrato existentes al momento de la toma de posesión, si los mismos no son necesarios. Si se decide la liquidación, los derechos causados hasta la fecha de la intervención serán reconocidos y pagados de conformidad con las reglas que rigen el proceso de liquidación forzosa administrativa, especialmente las previstas en el presente Libro;

j) La prevención a los deudores de la intervenida de que sólo podrán pagar al agente especial, advirtiéndolo la inoponibilidad del pago hecho a persona distinta, así como el aviso a las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia sobre la adopción de la medida, para que procedan de conformidad;

k) La prevención a todos los que tengan negocios con la intervenida, de que deben entenderse exclusivamente con el agente especial, para todos los efectos legales;

l) La designación del funcionario comisionado para ejecutar la medida, quien podrá solicitar que se decreten y practiquen las medidas necesarias para dar cumplimiento a la toma de posesión.

2. Medidas preventivas facultativas. El acto administrativo podrá disponer también las siguientes medidas:

a) La separación de los administradores, directores, y de los órganos de administración y dirección, así como del revisor fiscal, salvo en los casos que la Superintendencia Financiera de Colombia determine lo contrario, de conformidad con el artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sin perjuicio de la facultad de removerlos con posterioridad. En caso de remoción del Revisor Fiscal, su reemplazo será designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFIN.".(Literal a del Numeral 2, modificado por el Art. 130 del Decreto 1745 de 2020)

b) La orden de suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión, cuando sea del caso, sin perjuicio de la facultad de ordenar esta medida posteriormente". 8Subrayado fuera de texto)

De manera que, en la toma de posesión o de manera posterior, la Superintendencia podrá adoptar entre otras medidas preventivas facultativas respecto de la empresa vigilada, la orden de suspender los pagos de las obligaciones que se hayan causado **hasta** el momento de la toma de posesión, esto con la finalidad de que la empresa pueda estar en condiciones que le permitan seguir desarrollando su objeto social y deberá siempre adoptar medidas como la inmediata guarda de los bienes, la advertencia que, en adelante, no se podrá iniciar ni continuar procesos o actuación alguna contra la intervenida sin que se notifique personalmente al agente especial, so pena de nulidad y la comunicación a los jueces de la República y a las autoridades que adelanten procesos de jurisdicción coactiva, sobre la suspensión de los procesos de la ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la entidad objeto de toma de posesión.

En ese contexto, y en el marco de su consulta resaltamos que, por ejemplo, en el literal d) numeral 1 del artículo 9.1.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010 se enmarca en la facultad para emitir la comunicación a los jueces de la República y a las autoridades que adelanten procesos de jurisdicción coactiva, sobre la suspensión de los procesos de la ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la entidad objeto de toma de posesión con ocasión de obligaciones anteriores a dicha medida, así como su obligación de dar aplicación a las reglas previstas por los artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006, no de llevar a cabo un proceso concursal en los términos de la Ley 1116 de 2006. En otras palabras, la aplicación de la Ley 1116 de 2006 es restrictiva tratándose de la medida administrativa de toma de posesión y se debe realizar en los términos establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero conforme la remisión expresa que realiza la Ley 142 de 1994, al respecto.

Esto es así, porque las empresas de servicios públicos domiciliarios cuentan con un régimen jurídico especial atendiendo la esencialidad de los servicios que prestan en el país y la garantía del estado frente a su prestación eficiente.

En cuanto a los efectos jurídicos derivados de la toma de posesión, el artículo 60 de la Ley 142 de 1994 establece:

“ARTÍCULO 60. EFECTOS DE LA TOMA DE POSESIÓN. Como consecuencia de la toma de posesión se producirán los siguientes efectos:

1. El Superintendente al tomar posesión podrá celebrar un contrato de fiducia, en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal.

2. Cuando la toma de posesión tenga como causa circunstancias imputables a los administradores o accionistas de la empresa, el Superintendente definirá un tiempo prudencial para que se superen los problemas que dieron origen a la medida. Si transcurrido ese lapso no se ha solucionado la situación, el Superintendente ordenará la liquidación de la empresa.

3. Si se encuentra que la empresa ha perdido cualquier parte de su capital, previo concepto de la Comisión de Regulación respectiva, el Superintendente podrá ordenar la reducción simplemente nominal del capital social, la cual se hará sin necesidad de recurrir a su asamblea o a la aceptación de los acreedores.

PARÁGRAFO. El Superintendente, al tomar posesión, podrá designar o contratar una persona a la cual se le encargue la administración de la empresa en forma temporal.”

Conforme con lo anterior, la toma de posesión permite al Superintendente celebrar contratos de fiducia o designar administradores temporales para manejar la empresa. Si los problemas son causados por los administradores o accionistas y no se solucionan en el plazo establecido, podrá ordenar la liquidación. También podrá disponer la reducción nominal del capital social cuando la empresa haya perdido parte de su capital, entre otros.

4) Agentes Especiales y Liquidadores

Como consecuencia del ejercicio de las facultades de intervención conferidas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la Ley 142 de 1994 se prevé la designación de agentes especiales o liquidadores para la ejecución de la medida de toma de posesión, según la finalidad perseguida en cada caso.

En este sentido, los numerales 5, 6, 7 y 8, artículo 291 del Decreto Ley 663 de 1993 disponen:

“ARTICULO 291. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA TOMA DE POSESIÓN. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 510 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:>

Corresponde al Presidente de la República, en ejercicio de las funciones que le otorga el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, señalar la forma como se desarrollará el proceso de toma de posesión, y en particular la forma como se procederá a liquidar los activos de la entidad, a realizar los actos necesarios para colocarla en condiciones de desarrollar su objeto social o a realizar los actos necesarios para obtener mejores condiciones para el pago total o parcial de las acreencias de los ahorradores, depositantes e inversionistas; la forma y oportunidad en la cual se deben presentar los créditos o reclamaciones; las sumas que se pueden cancelar como gastos de administración; la forma como se reconocerán y pagarán los créditos, se decidirán las objeciones, se restituirán los bienes que no deban formar parte de la masa, y en general, los actos que en desarrollo de la toma de posesión se pueden o se deben realizar.

Dichas facultades las ejercerá el Presidente de la República con sujeción a los principios y criterios fijados en el artículo 46 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y a las siguientes reglas generales:

(...)

5. Corresponderá al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras designar al agente especial, quien podrá ser una persona natural o jurídica, podrá actuar tanto durante la etapa inicial, como en la administración o liquidación y podrá contar con una junta asesora con representación de los acreedores en la forma que fije el Gobierno.

6. Los agentes especiales desarrollarán las actividades que les sean confiadas bajo su inmediata responsabilidad.

7. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras realizará el seguimiento de la actividad del agente especial, sin perjuicio de la vigilancia de la Superintendencia Bancaria sobre la entidad objeto de administración, mientras no se decida su liquidación.

8. Los agentes especiales ejercerán funciones públicas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad, cuando sea del caso, de las reglas del derecho privado a los actos que ejecuten en nombre de la entidad objeto de la toma de posesión. (...)

De acuerdo con lo dispuesto en la norma en cita, los agentes especiales son designados para intervenir en el proceso de toma de posesión, ya sea durante la etapa inicial, la administración o la liquidación de la sociedad. Su actuación se desarrolla bajo su propia responsabilidad y comprende el ejercicio de funciones públicas de carácter transitorio, sin que ello implique la adquisición de la calidad de servidores públicos.

Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación el Concepto Unificado SSPD-OJU-2013-30, en el cual esta Oficina se pronunció respecto de la naturaleza jurídica y el régimen aplicable a los agentes especiales y liquidadores, señalando lo siguiente:

“(...) 7. Naturaleza de las funciones de los Agentes Especiales y Liquidadores.

Tanto los Agentes Especiales como los Liquidadores, ejercen funciones públicas transitorias, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 291 y 1 del 295 del Estatuto Orgánico Financiero, en concordancia con lo dispuesto por el artículo Artículo (sic) 9.1.1.2.2 del Decreto 2555 de 2010, sin perjuicio de la aplicabilidad, cuando sea del caso, de las reglas del derecho privado a los actos que ejecuten en nombre de la entidad objeto de la toma de posesión o de liquidación o de las demás normas que sean aplicables.

En relación con la vinculación del Liquidador, el numeral 6 del artículo 295 del Estatuto Orgánico Financiero, estableció lo siguiente:

“6. Vinculación. El liquidador y el contralor continuarán siendo auxiliares de la justicia y, por tanto, para ningún efecto podrán reputarse trabajadores o empleados de la entidad en liquidación o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.”

En ese orden de ideas, ha señalado la Oficina Asesora Jurídica⁽²⁰⁾ que “...del Agente Especial, a quien plenamente le aplica el numeral 6 del artículo 295 por la ya referida remisión del artículo 121 de la Ley 142 de 1994, no se predica vinculación alguna como servidor público de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (...).

Lo anterior, si se tiene en cuenta que el artículo 123 constitucional al señalar que “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”, remite a la reglamentación que contiene el Estatuto Orgánico Financiero, pues es este estatuto el que contempla la normatividad aplicable.

Ahora, aun cuando el artículo 291 de dicho estatuto se refiera a la “designación” como la modalidad de vinculación del Agente Especial con la Superintendencia, no puede equipararse dicha expresión con un “nombramiento” propio de una relación legal y reglamentaria, porque esta modalidad de ingreso a la administración corresponde a la de un empleado público, condición que como ya indicé, descarta expresamente el régimen contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para los Agentes Especiales y Liquidadores.

De otro lado, la condición de “auxiliar de la justicia” que ostenta el Agente Especial tampoco se compadece con la calidad de servidor público, pues únicamente presta “colaboración” en el ejercicio de la función judicial, constituyéndose como un oficio público “...que deben desempeñar personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación, incuestionable imparcialidad, versación y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, con título profesional, tecnológico o técnico legalmente expedido”⁽²¹⁾, sin que puedan considerarse como funcionarios públicos, así lo señala inclusive, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968 al señalar lo siguiente:

“ARTICULO 2. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3074 de 1968. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.”

Conforme con lo anterior, los Agentes Especiales, no ostentan la calidad de empleados públicos por cuanto así lo ha establecido la Ley en forma clara y expresa, (...)

De esta manera, se colige que los agentes especiales y liquidadores ejercen funciones públicas de manera temporal, pero no adquieren la calidad de servidores públicos ni empleados de la entidad intervenida. Su vinculación se entiende como auxiliares de la justicia, conforme al Estatuto

Orgánico del Sistema Financiero, por lo que su designación no equivale a un nombramiento propio de una relación laboral con el Estado.

En relación con esta figura, esta Superintendencia, mediante la Circular Externa No. 20161000000034 de 2016, señaló:

“(…) 1. FACULTADES LEGALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS EN LOS PROCESOS DE TOMA DE POSESIÓN.

(…) A través de la Dirección de Entidades Intervenidas y en Liquidación, la Superservicios, ejerce las funciones de seguimiento y monitoreo a la gestión de los agentes especiales y liquidadores de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Decreto 2555 de 2010 y el ~~Decreto 990 de 2002~~, mediante los mecanismos que considere pertinente.

(…) Ahora bien, los procesos de toma de posesión se rigen, en lo que sea pertinente, por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus decretos reglamentarios, por remisión expresa del artículo 121 de la Ley 142 de 1994 y en ellos, la Entidad tiene la función de designar al agente especial o liquidador, según sea la modalidad de toma de posesión, así como el contador, los cuales pueden ser personas naturales o jurídicas que ejercerán funciones públicas transitorias y en ningún caso se reputaran funcionarios de la Superservicios ni empleados de la empresa objeto de intervención.

(…) 3. FUNCIONES Y COMPETENCIAS DE LOS AGENTES ESPECIALES Y DE LOS LIQUIDADORES.

Los agentes especiales y los liquidadores ejercen funciones públicas transitorias y son responsables directos e inmediatos de la gestión que se adelante en la entidad intervenida, la cual debe estar orientada a preservar la prestación del servicio a los usuarios dentro de las limitaciones de orden laboral, financiero, operativo y comercial, así como velar por la conservación y defensa de los activos de la entidad, cumpliendo para el efecto con las funciones y deberes que se les impone en la Ley 142 de 1994, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el Decreto 2555 de 2010, normas aplicables por remisión expresa del artículo 121 de la Ley 142 de 1994 y demás disposiciones expedidas para el efecto.

Las funciones y competencias de los agentes especiales, se encuentran señaladas en el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el artículo 9.1.1.2.4 del Decreto 2555 de 2010, Ley 142 de 1994 y demás normas aplicables a la prestación del servicio a cargo de la intervenida.

Los liquidadores deben cumplir las funciones señaladas en el numeral 9 del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en la parte 9, Libro I. Título III del Decreto 2555 de 2010. Lo anterior, sin perjuicio de las que se encuentren en otras disposiciones del mismo Estatuto o sus Decretos Reglamentarios y en cuanto no se oponga a las normas especiales de la Ley 142 de 1994.

Los contratos celebrados por las entidades en toma de posesión, son exclusiva competencia y responsabilidad de los agentes especiales y liquidadores”.

Conforme lo expuesto, las funciones de los agentes especiales de las empresas de servicios públicos, sometidas a la medida de toma de posesión, propenderán por superar las causas que dieron origen a esta medida. Por su parte los liquidadores, deberán llevar a cabo el proceso de liquidación conforme con lo establecido en la ley. En cuanto a su naturaleza serán personas naturales o jurídicas que ejercerán funciones públicas transitorias y en ningún caso ostentan la calidad de funcionarios de la Superservicios o empleados de la empresa objeto de intervención como se indicó líneas atrás.

Ahora bien, en lo que respecta a las funciones que les atribuye la Ley, el artículo 9.1.1.2.4 del Decreto 2555 de 2010 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 9.1.1.2.4 *Funciones del agente especial* Corresponde al agente especial la administración general de los negocios de la entidad intervenida. Las actividades del agente especial están orientadas por la defensa del interés público, la estabilidad del sector financiero, y la protección de los acreedores y depositantes de la entidad intervenida. El agente especial tendrá los siguientes deberes y facultades:

- 1. Actuar como representante legal de la intervenida y en tal calidad desarrollar todas las actividades necesarias para la administración de la sociedad y ejecutar todos los actos pertinentes para el desarrollo del objeto social.*
- 2. Si es del caso, separar en cualquier momento los administradores y directores de la intervenida que no hayan sido separados por la Superintendencia Financiera de Colombia en el acto que ordenó la toma de posesión.*
- 3. Promover la celebración de acuerdos de acreedores, de conformidad con lo señalado en el numeral 19 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el Artículo 24 de la Ley 510 de 1999.*
- 4. Adelantar el recaudo de los dineros y la recuperación de los activos que por cualquier concepto deban ingresar a la entidad intervenida, para lo cual podrá ofrecer incentivos por la denuncia de la existencia y entrega de tales activos.*
- 5. Administrar los activos de la intervenida.*
- 6. Velar por la adecuada conservación de los bienes de la entidad, adoptando las medidas necesarias para mantener los activos en adecuadas condiciones de seguridad física y ejerciendo las acciones judiciales y administrativas requeridas para el efecto.*
- 7. Continuar con la contabilidad de la entidad.*
- 8. Ejecutar todos los actos y efectuar todos los gastos que a su juicio sean necesarios para la conservación de los activos y archivos de la entidad.*

9. Bajo su responsabilidad promover las acciones de responsabilidad civil o penales que correspondan contra los administradores, revisor fiscal y funcionarios de la intervenida.

10. Suministrar a la Superintendencia Financiera de Colombia y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN la información que las entidades requieran.

11. Si es el caso, impetrar las acciones revocatorias de que trata el numeral 7 del artículo 301 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el inciso primero del artículo 27 de la Ley 510 de 1999, y

12. Las demás derivadas de su carácter de administrador y representante legal de la entidad.

PARÁGRAFO. *El agente especial deberá contar con la autorización previa de la Superintendencia Financiera de Colombia para la adopción de las medidas en las que la ley específicamente exige tal autorización.”*

De modo que, el agente especial tiene la administración general de la sociedad intervenida, actuando como representante legal y protegiendo el interés público, la estabilidad financiera y a los acreedores. Sus funciones incluyen administrar bienes y activos, recuperar recursos, mantener la contabilidad, tomar acciones legales, suministrar información a la Superintendencia y ejercer las demás funciones propias de su cargo.

CONCLUSIONES

Como se indicó al inicio del presente concepto, del análisis del escrito de consulta se entiende que los interrogantes formulados giran en torno al régimen aplicable a la medida de toma de posesión de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, así como a la naturaleza jurídica de los agentes especiales y liquidadores.

Además, se reitera que la función consultiva a cargo de las entidades públicas no tiene como finalidad resolver situaciones particulares ni establecer excepciones u obligaciones normativas para los peticionarios; por el contrario, su propósito es brindar orientación, comunicación e información general a los usuarios. En consecuencia, se dará respuesta de forma general a las inquietudes planteadas por el peticionario con fundamento en las consideraciones jurídicas desarrolladas a lo largo del presente documento, siempre en el marco de las competencias asignadas a esta Superintendencia:

- 1) **Respecto a las inquietudes sobre “A. Autoridad equivalente al juez del concurso y naturaleza del agente especial” y “B. Escenario en el que se atribuyan funciones equivalentes al juez del concurso al agente especial”**

Se resalta que contrario el régimen de insolvencia previsto en la Ley 1116 de 2006 no le es aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios en Colombia por la expresa exclusión que de ellas efectúa la citada norma en su artículo 3.

En ese contexto esta Oficina no encuentra competencia y, mucho menos soporte jurídico para determinar una equivalencia o similitud entre el juez de un proceso concursal de que trata la Ley

1116 de 2006 y un agente especial en la figura de la toma de posesión del régimen especial de los servicios públicos en Colombia (Ley 142 de 1994).

Sin embargo, esta Oficina considera necesario precisar que dicha exclusión no impide la aplicación de determinadas disposiciones ni de las remisiones expresas a artículos específicos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuando estas resulten pertinentes en el marco de las tomas de posesión de empresas de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con la remisión efectuada por el artículo 121 de la Ley 142 de 1994 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En este contexto, esta Oficina no encuentra fundamento jurídico ni competencia que le permita establecer una equivalencia o similitud entre el juez que interviene en un proceso concursal regulado por la Ley 1116 de 2006 y el agente especial designado en el marco de una toma de posesión, figura propia del régimen especial aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios previsto en la Ley 142 de 1994. Se trata, en efecto, de figuras que responden a regímenes jurídicos, finalidades y competencias sustancialmente diferentes.

Al margen de lo anterior, le indicamos que la toma de posesión constituye una medida excepcional de intervención estatal prevista en la Ley 142 de 1994, cuya finalidad es garantizar la adecuada prestación de los servicios públicos domiciliarios, la protección de los usuarios y la satisfacción del interés general, mediante la adopción de las medidas de carácter administrativo necesarias para superar las circunstancias que afectan la continuidad, calidad y eficiencia del servicio o, cuando ello no sea posible, proceder a la liquidación de la empresa prestadora.

La adopción de la medida administrativa de toma de posesión únicamente procede cuando se configure alguna de las causales previstas en el artículo 59 de la Ley 142 de 1994 y previo concepto de la comisión de regulación competente, de conformidad con el artículo 121 de la misma ley, disposición que además determina el procedimiento y el alcance de la intervención.

La toma de posesión puede tener como finalidad la administración de la empresa o su liquidación. La primera busca superar las causas que dieron origen a la intervención y garantizar la continuidad en la prestación del servicio, mientras que la segunda procede cuando las circunstancias que motivaron la medida no pueden ser superadas o cuando la ley así lo dispone, caso en el cual se inicia el proceso liquidatorio conforme al régimen aplicable.

Dependiendo de la finalidad de la toma de posesión, la Superintendencia designará un agente especial o un liquidador. En ambos casos, su actuación se rige por las disposiciones de la Ley 142 de 1994, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, normas aplicables por remisión expresa del artículo 121 de la Ley 142 de 1994.

Ahora bien, en lo relacionado con la calidad de los agentes especiales y los liquidadores debemos indicar que si bien ejercen funciones públicas de carácter transitorio, ello no les confiere la calidad de empleados públicos, servidores públicos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ni trabajadores de la empresa intervenida. Su designación constituye una modalidad especial de vinculación prevista en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y su actuación se desarrolla bajo su inmediata responsabilidad, con sujeción al régimen jurídico que regula los procesos de toma de posesión.

2) **Respecto a la inquietud sobre “C. Aplicación del artículo 20 de la ley 1116 y efectos sobre procesos ejecutivos”**

En este punto, se reitera que la función consultiva a cargo de las entidades públicas no tiene como finalidad resolver situaciones particulares ni establecer excepciones u obligaciones normativas para los peticionarios; por el contrario, su propósito es brindar orientación, comunicación e información general a los usuarios.

Al margen de lo anterior, se indica que en la toma de posesión o de manera posterior, la Superintendencia deberá adoptar entre otras las medidas preventivas establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010 que lo desarrolla conforme a la remisión del citado artículo 121 de la Ley 142 de 1994, respecto de la empresa vigilada, entre ellas la inmediata guarda de los bienes, la advertencia que, en adelante, no se podrá iniciar ni continuar procesos o actuación alguna contra la intervenida sin que se notifique personalmente al agente especial, so pena de nulidad y la comunicación a los jueces de la República y a las autoridades que adelanten procesos de jurisdicción coactiva.

En ese contexto, en el literal d) numeral 1 del artículo 9.1.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010 se enmarca en la facultad para emitir la comunicación a los jueces de la República y a las autoridades que adelanten procesos de jurisdicción coactiva, sobre la suspensión de los procesos de la ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la entidad objeto de toma de posesión con ocasión de obligaciones anteriores a dicha medida, así como su obligación de dar aplicación a las reglas previstas por los artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006, no de llevar a cabo un proceso concursal en los términos de la Ley 1116 de 2006.

En otras palabras, la aplicación de la Ley 1116 de 2006 es restrictiva tratándose de la medida administrativa de toma de posesión y se debe realizar en los términos establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero conforme la remisión expresa que realiza la Ley 142 de 1994, al respecto. Esto es así, porque las empresas de servicios públicos domiciliarios cuentan con un régimen jurídico especial atendiendo la esencialidad de los servicios que prestan en el país y la garantía del estado frente a su prestación eficiente.

3) **Respecto a la inquietud sobre “D. Medidas cautelares, depósitos judiciales y títulos”**

Se reitera que el régimen de insolvencia previsto en la Ley 1116 de 2006 no le es aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios en Colombia por la expresa exclusión que de ellas efectúa la citada norma en su artículo 3 y que esta exclusión no se aplica a algunos aspectos particulares y remisiones expresas a artículos determinados que realiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero aplicable a las tomas de posesión de empresas de servicios públicos domiciliarios por expresa remisión del artículo 121 de la Ley 142 de 1994, siempre que sean pertinentes.

Al margen de lo anterior, se resalta que el artículo 9.1.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010, que desarrolla el artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, aplicable a la toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios por remisión expresa del artículo 121 de la Ley 142 de 1994 consagra, las medidas preventivas que puede o debe ordenar según

corresponda, esta Superintendencia. Entre ellas, las de la inmediata guarda de los bienes, la advertencia que, en adelante, no se podrá iniciar ni continuar procesos o actuación alguna contra la intervenida sin que se notifique personalmente al agente especial, so pena de nulidad y la comunicación a los jueces de la República y a las autoridades que adelanten procesos de jurisdicción coactiva.

Además, en la toma de posesión o de manera posterior, la Superintendencia podrá adoptar otras medidas preventivas facultativas respecto de la empresa vigilada, como la orden de suspender los pagos de las obligaciones que se hayan causado hasta el momento de la toma de posesión, esto con la finalidad de que la empresa pueda estar en condiciones que le permitan seguir desarrollando su objeto social conforme al literal b) del numeral 2 del artículo 9.1.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010.

4) Respetto a la inquietud sobre “E. Facultades patrimoniales del agente especial”

En este punto reiteramos que el Agente Especial, a quien plenamente le aplica el numeral 6 del artículo 295 del Estatuto Orgánico Financiero por la ya referida remisión del artículo 121 de la Ley 142 de 1994, no se le predica vinculación alguna como servidor público de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Los agentes especiales y liquidadores ejercen funciones públicas de manera temporal, pero no adquieren la calidad de servidores públicos ni empleados de la entidad intervenida. Su vinculación se entiende como auxiliares de la justicia, conforme al Estatuto Orgánico Financiero, por lo que su designación no equivale a un nombramiento propio de una relación laboral con el Estado.

En ese contexto, el agente especial ejerce la representación legal y la administración general de la empresa intervenida, debiendo adoptar las medidas necesarias para superar las causas que dieron origen a la intervención, garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, proteger los derechos de los usuarios y velar por la conservación y defensa del patrimonio de la empresa, todo ello dentro de las facultades previstas en el artículo 9.1.1.2.4 del Decreto 2555 de 2010 y las demás normas aplicables.

Cuando la finalidad de la toma de posesión sea la liquidación, corresponderá al liquidador adelantar el proceso liquidatorio conforme al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, sin perjuicio de la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar la continuidad en la prestación del servicio público mientras culmina dicho proceso.

Las decisiones relacionadas con la administración de la empresa intervenida, la celebración de contratos, la disposición de activos y, en general, las actuaciones propias del proceso de intervención corresponden al agente especial o al liquidador, según la modalidad de la toma de posesión, quienes las adoptan bajo su exclusiva responsabilidad. Por su parte, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios mantiene y ejerce las funciones de investigación, seguimiento, control y vigilancia previstas en la Ley 142 de 1994.

5) Respetto a la inquietud sobre “F. Precedentes, doctrina institucional y vacíos normativos”

Se reitera que el régimen de insolvencia previsto en la Ley 1116 de 2006 no le es aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios en Colombia por la expresa exclusión que de ellas efectúa la citada norma en su artículo 3 y que esta exclusión no se aplica a algunos aspectos particulares y remisiones expresas a artículos determinados que realiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero aplicable a las tomas de posesión de empresas de servicios públicos domiciliarios por expresa remisión del artículo 121 de la Ley 142 de 1994, siempre que los mismos sean pertinentes.

Al margen de lo anterior, se resalta que las medidas administrativas de toma de posesión se encuentran reguladas en la ley 142 de 1994 y su procedimiento ha sido aplicado en varias oportunidades por esta Superintendencia. El listado con las empresas intervenidas a la fecha puede ser consultado en el siguiente link: <https://www.superservicios.gov.co/Empresas-vigiladas/Empresas-intervenidas>.

Asimismo, le informamos que la doctrina y normativa aplicable se encuentra relacionada al comienzo de este concepto para facilitar su consulta.

De esta manera, se entienden atendidas sus inquietudes en el marco de las competencias que le fueron asignadas a esta Superintendencia en la Ley 142 de 1994. Finalmente, le informamos que su consulta fue puesta en conocimiento de la Superintendencia Financiera de Colombia y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de los oficios con radicados 20261303519221 y 20261303517851 respectivamente, con el fin de que esas entidades se pronuncien en lo que consideren.

Cordialmente,

CRISTIAN HERNÁN BURBANO SANDOVAL
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E)