

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: RADS

Fecha: FRADS

NT-F-001. V.12

Página 1 de 16

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2026-021

Señor

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

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 (SSPD) 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: ALCANCE Y CUMPLIMIENTO DE LA CIRCULAR EXTERNA SSPD. 20141000000034 DE 2014 SOBRE GESTIÓN DOCUMENTAL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

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
ssp@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 SSPD 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 1994⁵, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001⁶.

CONSULTA

La consulta elevada contiene una serie de preguntas relativas al alcance y cumplimiento de la Circular Externa SSPD Nro. 20141000000034 de 2014⁷, en cuanto a la gestión documental y organización de archivos, por lo que éstas serán transcritas y respondidas en el aparte de conclusiones.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Constitución Política de 1991

Ley 80 de 1989⁸

Ley 142 de 1994.

Ley 594 de 2000⁹.

Ley 1712 de 2014¹⁰.

Decreto 1080 de 2015¹¹.

Circular Externa SSPD nro. 20141000000034 del 25 de julio de 2014¹²

Acuerdo AGN No. 001 de 2024¹³.

Consejo de Estado, radicado 00258 de fecha 10 de mayo de 2012, sección primera, Sala de lo Contenciosos Administrativo¹⁴

Sentencia C-558 de 2001¹⁵

Sentencia C-736 de 2007

Concepto SSPD-OJ-2024-50¹⁶

Concepto SSPD-OJ-2019-612¹⁷

Concepto SSPD-OJ-2018-922¹⁸

Concepto SSPD-OJ-2018-842¹⁹

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

⁶ "Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994."

⁷ "Directriz en materia de gestión documental y organización de archivos que deben cumplir las empresas y personas vigiladas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – Superservicios". Disponible para consulta en el siguiente enlace: <https://sui.superservicios.gov.co/sites/default/files/inline-files/20141000000034.pdf>

⁸ por la cual se crea el Archivo General de la Nación y se dictan otras disposiciones.

⁹ "Por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones"

¹⁰ "Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones".

¹¹ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Cultura"

¹² Disponible para consulta en el siguiente enlace:

<https://sui.superservicios.gov.co/sites/default/files/2022-05/20141000000034.pdf>

¹³ "Por el cual se establece el Acuerdo Único de la Función Archivística, se definen los criterios técnicos y jurídicos para su implementación en el Estado Colombiano y se fijan otras disposiciones."

¹⁴ Disponible para consulta en el siguiente enlace:

<https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/105/S1/11001-03-24-000-2007-00258-00.pdf>

¹⁵ Disponible para consulta en el siguiente enlace:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-558-01.htm>

¹⁶ Disponible para consulta en el siguiente enlace:

https://normograma.info/sspd2024/compilacion/docs/concepto_superservicios_0000050_2024.htm

¹⁷ Disponible para consulta en el siguiente enlace:

https://normograma.info/sspd2024/compilacion/docs/concepto_superservicios_0000612_2019.htm

¹⁸ Disponible para consulta en el siguiente enlace:

https://normograma.info/sspd2024/compilacion/docs/concepto_superservicios_0000922_2018.htm

¹⁹ Disponible para consulta en el siguiente enlace:

https://normograma.info/sspd2024/compilacion/docs/concepto_superservicios_0000922_2018.htm

Concepto SSPD-OJ-2014-236²⁰

CONSIDERACIONES

Es preciso iniciar mencionado que, dentro de las competencias otorgadas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no se encuentra la de pronunciarse o emitir conceptos sobre aspectos diferentes a los relacionados con las funciones otorgadas legalmente, esto es, las directamente relacionadas con las actividades de inspección, vigilancia y control de las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de aquellas que en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994 y demás normas concordantes.

En efecto, la Ley 142 de 1994 en su artículo 75 determinó que las funciones presidenciales de control, inspección y vigilancia de las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, estarían en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En igual medida, el artículo 79 -modificado por el artículo 13 de la ley 689 de 2001- señaló de manera específica las funciones a cargo de esta entidad, las cuales posteriormente se consagraron en el artículo 6 del Decreto 1369 de 2020.

Es importante señalar que, las funciones descritas en el artículo 79 la Ley 142 de 1994 y en el Decreto 1369 de 2020, circunscriben el ámbito de su competencia a ejecutar las funciones de inspección, vigilancia y control sobre el cumplimiento, inicialmente y de forma genérica, de la normativa a la cual se encuentran sujetos quienes presten servicios públicos domiciliarios, en cuanto afecten en forma directa e inmediata a usuarios determinados y **no sea competencia de otra entidad**, en consecuencia, sancionar sus violaciones.

En este sentido y de acuerdo con lo señalado, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no es la entidad competente para atender de manera específica todos los interrogantes, en materia de aplicación de las leyes y normativa referente a la actividad archivística, planteados en la consulta.

Lo anterior, en la medida que tal como lo señala el artículo 3 de la Ley 80 de 1989, el Sistema Nacional de Archivo tiene un carácter de programa especial para todas las instituciones archivísticas y colecciones documentales públicas y privadas del orden nacional, departamental, municipal y distrital. Sistema que se encuentra a cargo del Archivo General de la Nación, quien además de guardar la dirección y administración, también tiene a su cargo facultades de prevención, control, sanción y cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 594 de 2000, Ley General de Archivos, así como, de las normas que la reglamentan, de conformidad con lo señalado en el artículo 35 ibídem.

En este contexto, la citada norma establece que la dirección y coordinación de la función archivística se encontrará a cargo del Archivo General de la Nación, quien debe orientar y coordinar la función archivística, en consideración de lo mencionado en los artículos 4, literal e) y 5, literal f) de la Ley 594 de 2000.

A su vez, la norma en cita establece que dicha entidad tendrá a cargo la planeación y programación de las acciones de asistencia técnica, ejecución, control, seguimiento y coordinación conforme con la norma y su reglamentación.

²⁰ Disponible para consulta en el siguiente enlace:

https://normograma.info/sspd2024/compilacion/docs/concepto_superservicios_0000236_2014.htm

En este sentido, es preciso mencionar que esta Superintendencia mediante comunicación con Radicado SSPD Nro. 20261330231361, trasladó al Archivo General de la Nación las preguntas Nro. 3, 4, 5, 7 y 10 de la solicitud, para que se pronuncie sobre el particular, por considerarlo de su competencia.

Ahora bien, previo a desarrollar los interrogantes restantes competencia de esta Superintendencia, se considera necesario realizar precisión sobre tres ejes temáticos a saber: i) potestades de autoridad administrativa concedidas a los prestadores de servicios públicos domiciliario, ii) naturaleza de las circulares externas y iii) acatamiento de la Ley 594 de 2000 por los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

i) Potestades de autoridad administrativa concedida a los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

Los prestadores de servicios públicos domiciliarios, tanto públicos como privados, pueden actuar como autoridad pública en el marco de la relación con los usuarios. Esto se debe a que la Ley 142 de 1994 les otorga una serie de derechos, poderes y prerrogativas propias de la autoridad pública, que les habilita para cumplir funciones administrativas, como la resolución de peticiones, quejas, reclamos y recursos, así como la expedición de actos administrativos relacionados con la facturación, suspensión, corte del servicio, entre otros, conforme lo señala el artículo 154 ibídem. Estas facultades, les permiten tomar ciertas decisiones unilaterales que, por su naturaleza, no podrían adoptar si no fuera por la importancia constitucional de la labor que desarrollan en la prestación de servicios públicos domiciliarios.

Sin embargo, es importante precisar que este carácter de autoridad está limitado al ejercicio de funciones administrativas expresamente previstas por la Ley y en el marco de la relación con los usuarios. No todas las actuaciones de los prestadores tienen naturaleza de autoridad, sino únicamente aquellas que la Ley les ha asignado para garantizar la organización, funcionamiento, continuidad, eficiencia y eficacia del servicio público domiciliario.

En todo caso, los prestadores están sujetos a un régimen de inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la cual actúa como garante de que las decisiones de los prestadores respeten los derechos de los usuarios y cumplan con la normativa vigente.

Respecto de la calidad de autoridad administrativa que tienen los prestadores, la Corte Constitucional en Sentencia C-558 de 2001 señaló:

(...) el otorgamiento a las empresas de servicios públicos de una gama de facultades, prerrogativas y privilegios propios de las autoridades públicas busca propiciar y favorecer la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio, al amparo de la regulación, el control y la vigilancia que el Estado se reserva para sí con exclusividad, en su tarea de asegurar la prestación eficiente de dichos servicios a todos los habitantes del territorio nacional. Sentido teleológico éste que a su turno implica un permanente examen sobre el acontecer administrativo de quienes prestan servicios públicos domiciliarios, en el entendido de que ese conglomerado de atribuciones, derechos y prerrogativas de autoridad pública que pueden ejercer los agentes prestadores de dichos servicios no tiene la virtualidad de convertir en función administrativa el desarrollo ordinario de su objeto social.

(...)

A manera de conclusión puede afirmarse entonces que las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su condición estatal o privada, gozan de un conglomerado de derechos, poderes y prerrogativas de autoridad pública que las habilitan para cumplir funciones administrativas que van desde la resolución de peticiones, quejas y reclamos hasta la decisión del recurso de reposición, ofreciéndose como en una balanza el acervo de facultades de autoridad pública y el control de autotutela que se ve complementado con la revisión superior encomendada a la Superintendencia de Servicios Públicos para la culminación de la vía gubernativa. (...)” (resaltado fuera de texto).

Por su parte, esta Oficina a través de Concepto SSPD-OJ-2014-236 sobre el particular mencionó:

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional, no cabe duda en cuanto a que los particulares que desempeñen funciones administrativas pueden dictar verdaderos actos administrativos, susceptibles de los recursos gubernativos previstos en el Estatuto Contencioso o en regímenes especiales, para lo cual, la respectiva entidad privada milita como sede administrativa en la órbita propia de la autotutela de los actos administrativos.

Asimismo, a través del artículo 210 de la Constitución Política, por medio de la figura de la descentralización administrativa por servicios, se les otorga a los particulares la posibilidad de cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. Desarrollo de ello se da en el régimen de servicios públicos domiciliarios.

Conviene resaltar que el Consejo de Estado ha reconocido el ejercicio excepcional de funciones administrativas en la prestación de los servicios públicos domiciliarios al observar que:

“En todo caso, la regla sentada -esto es que función pública y servicio público dejaron de ser asimilables- admite excepciones en todas aquellas hipótesis en que la ley 142 de 1994 revistió al prestador del servicio de prerrogativas propias de las autoridades públicas, es el caso del artículo 31 que permite la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos de los prestadores 43; de los artículos 33, 56, 57, 116 a 120 que otorgan unas facultades especiales a los prestadores para la ocupación temporal de inmuebles, imposición de servidumbres o la enajenación forzosa de bienes que dan lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción en lo contencioso administrativo; del Capítulo VII del Título VIII (arts. 152 a 159) que regula el proceso administrativo especial de defensa del usuario en sede de la empresa, el cual debe interpretarse en consonancia con el C.C.A. 44 (derecho de petición, quejas y recursos y silencio administrativo positivo) y de los artículos 140 y 141 atinentes a la terminación, suspensión y corte del servicio (...)(6).

Como puede observarse, en la prestación de los servicios públicos, los particulares pueden excepcionalmente ostentar prerrogativas de autoridad pública, es decir, desarrollar funciones administrativas.

Por su parte, la Corte Constitucional ha admitido que hay ámbitos especiales de la prestación del servicio que suponen el ejercicio excepcional de funciones administrativas por parte de los operadores y el uso de potestades inherentes al Estado que naturalmente deben estar respaldadas en una habilitación expresa de la ley.

En la sentencia C-037 de 2003, dicha Corporación consideró que las facultades especiales que le confiere el artículo 33 de la Ley 142 en materia de uso del espacio público, ocupación temporal de inmuebles, constitución de servidumbres o enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio, constituyen un ejercicio excepcional de funciones administrativas:

“(…) Solamente en el caso en que dicha prestación haga necesario el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido atribuidas de manera expresa por el legislador al particular encargado de la misma, habrá lugar a la aplicación en su caso de dicho régimen y ello exclusivamente en relación con el ejercicio de dichas potestades”.

(…)

La Ley 142 de 1994 otorga a los prestadores de servicios públicos domiciliarios ciertas facultades propias de las autoridades, con miras a asegurar la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que dadas las prerrogativas, derechos y privilegios que se les ha otorgado a las entidades prestadoras de servicios “(…) también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados. (…)” (subraya fuera de texto)

En resumen, los prestadores de servicios públicos domiciliarios ejercen funciones de autoridad pública en los aspectos y procedimientos que la Ley les ha conferido, especialmente en la gestión administrativa frente a los usuarios, pero no son autoridades estatales en sentido estricto ni todas sus actuaciones tienen ese carácter.

ii) Naturaleza de las circulares externas.

Es preciso iniciar mencionando que, las circulares externas expedidas por esta Superintendencia se consideran instrucciones administrativas contenidas en actos administrativos de carácter general que, por tal razón, tienen la potencialidad de producir efectos jurídicos y pueden, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente a los administrados.

Lo anterior, en la medida que las circulares se deben analizar desde el punto de vista de su finalidad, por cuanto podrán estar limitadas a instruir a los prestadores de servicios públicos domiciliarios y por tanto, establecer pautas de interpretación y aplicación de las disposiciones que gobiernan la actividad de dichos prestadores, en procura de garantizar los derechos de los usuarios, en especial, el principio fundamental constitucional del debido proceso y el derecho de petición, por lo que podrán ser obligantes en tanto gozan de presunción de legalidad.

En el caso de las Circulares que imponen deberes particulares y concretos a los prestadores, estas se reputarán normas en sentido material y deberán ser acatadas por los prestadores hasta tanto no hayan sido derogadas por la Superintendencia, suspendidas o anuladas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De esta forma, tendrán fuerza vinculante frente a los administrados y su finalidad principal es informar, instruir y orientar a grupos específicos, como los prestadores y usuarios, sobre el cumplimiento de normas legales o regulatorias que les afectan directamente, indicando parámetros, procedimientos y plazos para el cumplimiento de las mismas.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que existe una diferencia entre las circulares que constituyen actos administrativos y aquellas de carácter meramente informativo o instructivo. Las primeras, contienen decisiones capaces de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas y, por ello, son de cumplimiento obligatorio y pueden ser objeto de control judicial. Sobre el particular, el Consejo de Estado a través de decisión con radicado 00258 de fecha 10 de mayo de 2012, sección primera, Sala de lo Contenciosos Administrativo, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, mencionó:

(...) 3.4. Ante todo, es necesario precisar la naturaleza jurídica del acto demandado, en tanto en relación con las circulares el Consejo de Estado, ha diferenciado entre las que constituyen actos administrativos y aquellas que tienen carácter meramente informativo o instructivo, pues mientras en las primeras hay decisiones capaces de producir efectos jurídicos, en el sentido de crear, derogar o modificar una situación jurídica, en las segundas ello no ocurre.

Al respecto la Sala ha hecho las siguientes consideraciones:

“Sobre el particular, han sido copiosas las precisiones jurisprudenciales y doctrinarias sobre el alcance jurídico de las circulares externas y las instrucciones de servicio. A manera de ilustración, basta citar algunas así:

“El alcance jurídico de los Actos Administrativos de servicio, es el de instruir, orientar o coordinar a la administración, pero, jamás tienen la virtualidad de obligar, ejemplo los conceptos de los asesores jurídicos; los certificados de tiempo de servicio.

(...)

De la misma manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en reiteradas ocasiones ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio. “Pero si en las circulares de servicio, o con ocasión de ellas, se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes, se trata de actos administrativos ordinarios, que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causas generales.”³ (destacado fuera del texto)

Y en reciente providencia emanada de esta Sala se manifestó sobre el particular: *“Esa posibilidad de demandar las circulares de servicio está condicionada a que las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, para efectos de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces la circular no será un acto pasible de demanda”⁴ (Cfr. Consejo de Estado.*

En providencia de 19 de marzo de 20096, la Sala puntualizó en torno a la naturaleza jurídica de las circulares: “Las instrucciones o circulares administrativas, son actos jurídicos de la Administración en sentido lato, susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, dependiendo básicamente de su contenido. En efecto, esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades, que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos

y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no serán susceptibles de demanda. (...)” (subraya fuera de texto)

En conclusión, las circulares externas de la Superservicios, cuando contienen instrucciones administrativas que generan obligaciones para los prestadores claras, expresas y exigibles, son actos administrativos de carácter general, vinculantes y susceptibles de sanción en caso de incumplimiento. A su vez, cuando se limitan estos actos a reproducir otras normas o a entregar instrucciones u orientaciones a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, serán meros actos de servicio.

iii) Acatamiento de la Ley 594 de 2000 por los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

En cuanto a la implementación y normativa referente a la Gestión Documental por parte de las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, vigiladas por esta Superintendencia, es importante señalar que mediante Circular Externa SSPD No. 20141000000034 del 25 de julio de 2014 expedida por esta Superintendencia en cumplimiento de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 113 y 209 de la Constitución, se instó el cumplimiento de la Ley 594 de 2000 en cuanto se refiere a la adecuada organización y control de los documentos de archivo.

Lo anterior como quiera que, tal como se ha indicado, las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios además de prestar un servicio público, desarrollan por excepción y respecto de algunos aspectos señalados en la norma, función pública, presupuesto indispensable para la aplicación de la Ley General de Archivo en virtud de su ámbito de aplicación señalado en el artículo 2 el cual refiere:

"ARTÍCULO 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN. La presente ley comprende a la administración pública en sus diferentes niveles, las entidades privadas que cumplen funciones públicas y los demás organismos regulados por la presente ley." (subraya fuera de texto)

A su turno, el artículo 3 ibídem menciona:

"ARTÍCULO 3. DEFINICIONES. Para los efectos de esta ley se definen los siguientes conceptos, así:

(...)

ARCHIVO PÚBLICO: Conjunto de documentos pertenecientes a entidades oficiales y aquellos que se deriven de la prestación de un servicio público por entidades privadas. (...)” (subraya fuera de texto)

Sobre el particular, esta Oficina a través de Concepto SSPD-OJ-2018-842 señaló:

"(...) Ahora bien, en cuanto a la aplicación de dichas normas a entidades privadas, conviene tener en cuenta lo indicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto 2209 del 29 de enero de 2015, que señala lo siguiente:

"(...) es importante señalar que la Ley 594 de 2000 somete a su ámbito de aplicación a algunos archivos o documentos de particulares en atención a que tienen la calidad de bienes de interés

cultural, o pueden provenir de la prestación de un servicio público, o derivarse del ejercicio de una función pública.

(...) Otro caso de archivos de particulares que se encuentran sometidos a la Ley 594 de 2000, se presenta respecto de los archivos de entidades privadas que se derivan de la prestación de un servicio público o del ejercicio de una función pública.

(...) La sujeción a la Ley 594 de 2000 de los archivos de las entidades privadas que se derivan de la prestación de un servicio público, surge en virtud de su calidad de archivos públicos reconocida a partir de lo dispuesto por el artículo 3o de la ley, el cual señala:

"Para los efectos de esta ley se definen los siguientes conceptos, así:

(...) como el Estado tiene la obligación de administrar los archivos públicos, es razonable que los archivos provenientes de la prestación de un servicio público por entidades privadas se sometan a la Ley 594 de 2000." (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Dado lo anterior, y como conclusión de las normas y conceptos antes citados, se tiene que en el entendido que los prestadores de servicios públicos domiciliarios prestan un servicio público en los términos de la Ley 142 de 1994, y que en desarrollo de tal actividad cumplen funciones públicas cuando emiten decisiones empresariales, las cuales son actos administrativos, es aplicable respecto de los mismos el contenido de la Ley 594 de 2000, y sus decretos reglamentarios (2578 y 2609 de 2012), compilados en el Decreto Único Reglamentario No. 1080 de 2015.[7]

Lo anterior permite concluir, que todas aquéllas personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, al ser consideradas como autoridades que desempeñan función administrativa, deben aplicar lo previsto en la Ley 594 de 2000 y demás normas que la modifiquen y/o aclaren. (...)" (resaltado fuera de texto)

De otra parte, es preciso mencionar que, en el marco de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, los numerales 14.5, 14.6 y 14.7, artículo 14 de la Ley 142 de 1994, en cuanto a la clasificación de las empresas de servicios públicos domiciliarios y su definición establece:

“ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares. (...)" (subraya fuera de texto)

Sobre el particular, consideramos pertinente recordar lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007, donde se pronunció en torno al régimen y naturaleza jurídica especial de las Empresas de Servicios Públicos, evidenciando la autorización constitucional para que el Congreso, las Asambleas o Consejos creen o autorice la creación de estas empresas, las cuales, independiente del porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas, pertenecientes a la Rama Ejecutiva. Sobre el particular, la sentencia mencionó:

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

5.3.1. Según se analizó anteriormente, no es posible pensar que la enumeración constitucional recogida en el último inciso del artículo 115 sea taxativa, por lo cual el legislador está en libertad de adicionar otros organismos a aquellos que por expresa mención de este artículo conforman la Rama Ejecutiva. Ciertamente, la conformación de la “estructura de la Administración”, es decir de la Rama Ejecutiva, es un asunto que el numeral 7° del artículo 150 superior pone en manos del legislador; y que en los niveles departamental y municipal es facultad de las asambleas y consejos respectivamente. (C.P. artículos 300 numeral 7 y 313 numeral 6).

De lo anterior se deriva que, desde la perspectiva constitucional, en el nivel nacional las empresas de servicios públicos públicas, mixtas o privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público pueden formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, según lo disponga el legislador, que para esos efectos está revestido de las facultades que le confiere expresamente el numeral 7° del artículo 150 superior.

(...)

La demanda indica que los artículos 38 y 68, parcialmente demandados dentro de este proceso, excluirían de la conformación de la Rama Ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixtas y privadas (Artículo 38) y también las excluirían de la pertenencia a la categoría jurídica denominada “entidades descentralizadas” (Artículo 68). Con lo cual resultaría discutible su constitucionalidad, dado que, conforme a la definición legal de este tipo de empresas, contenida en los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, se trata de tipos societarios constituidos con capital concurrente del Estado y de los particulares. Ciertamente, dichas definiciones legales, se recuerda, dicen así:

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

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

Nótese cómo una empresa de servicios públicos privada es aquella que mayoritariamente pertenece a particulares, lo cual, a contrario sensu, significa que minoritariamente pertenece al Estado o a sus entidades. Y que una empresa de servicios públicos mixta es aquella en la

cual el capital público es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), lo cual significa que minoritariamente pertenece a particulares. Así las cosas, una y otra se conforman con aporte de capital público, por lo cual su exclusión de la estructura de la Rama Ejecutiva y de la categoría jurídica denominada “entidades descentralizadas” resulta constitucionalmente cuestionable, toda vez que implica, a su vez, la exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de tal naturaleza jurídica, dispuestas expresamente por la Constitución.

No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Ciertamente, el texto completo del numeral 2° del artículo 38 es del siguiente tenor:

“Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

...

2. Del Sector descentralizado por servicios:

a) Los establecimientos públicos;

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

e) Los institutos científicos y tecnológicos;

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.
(Lo subrayado es lo demandado)”

Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a las “demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que, de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional.

Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios” contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público. (...)

En este sentido, las empresas de servicios públicos domiciliarios privadas que tengan capital público, serán consideradas como parte de la Rama Ejecutiva del sector descentralizado, salvo aquellas que tengan capital 100% privado. No obstante, considerando lo anotado, en cuanto a la concesión de algunas funciones de autoridad pública entregadas a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, estas últimas, serán consideradas como tal.

CONCLUSIONES

Conforme con las consideraciones expuestas, se procede a dar respuesta a los siguientes interrogantes, atendiendo a que como ya fue mencionada se procedió a través de radicado SSPD No. 20261330231361 a dar traslado al Archivo General de la Nación de las preguntas 3, 4, 5, 7 y 10:

1. “1. *Confirmación de obligación*

1.1. *¿Una empresa de capital 100% privado que presta el servicio público domiciliario de GLP y se encuentra vigilada por la SSPD está obligada a cumplir íntegramente las directrices de la Circular Externa 20141000000034 de 2014 en materia de gestión documental y organización de archivos, o la Superintendencia distingue algún grado de obligatoriedad según el tipo o naturaleza del prestador?”*

Conforme con lo expuesto en los considerandos del presente Concepto, los prestadores que son 100% privados si bien no se consideran pertenecientes a la Rama Ejecutiva y por tanto no son entidades públicas, por cuanto no poseen capital de esta naturaleza, en todo caso, por ser prestadores de servicios públicos domiciliarios, el legislador les concedió a los mismos ciertos derechos y prerrogativas propias de la autoridad pública, lo cual implica habilitar el cumplimiento de funciones administrativas. Ejemplo de ello es la actuación administrativa que se desarrolla en sede del prestador en el marco de los derechos de petición y recursos conforme lo consagrado en los artículos 152 y siguientes de la Ley 142 de 1994.

De esta forma, no todas las actuaciones de los prestadores tienen naturaleza de autoridad, sino únicamente aquellas que la Ley les ha asignado para garantizar la organización, funcionamiento, continuidad, eficiencia y eficacia del servicio público domiciliario.

Así, en consideración de lo señalado en el artículo 2 de la Ley 594 de 2000, en cuanto refiere al ámbito de aplicación de la misma, es procedente exigir que los prestadores con capital 100% privado acate dicha disposición, en la medida que por excepción el legislador le concedió funciones públicas en el marco de prestación de los servicios públicos domiciliarios.

En igual medida, es preciso mencionar como ya fue expuesto en los considerandos, la naturaleza de las circulares emitidas por esta Superintendencia implicará la verificación de la exigencia de obligaciones claras, expresas y exigibles, en cuyo caso tendrán carácter vinculante y exigible. No obstante, lo contrario implicará que sea un acto de servicio con instrucciones u orientaciones.

En este sentido y en cuanto refiere a la Circular Externa SSPD No. 20141000000034 de 2014 en el asunto refiere: “*Directriz en materia de gestión documental y organización de archivos que deben cumplir las empresas y personas vigiladas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – Superservicios.*”

Lo anterior, en la medida que se insta a los prestadores a la aplicación de la Ley 594 de 2000 al ser entidades públicas, según la conformación del capital y en todo caso, al ejercer respecto de algunas de sus actuaciones función pública.

Por esta razón, la SSPD ha reiterado en los conceptos SSPD-OJ-2018-842, SSPD-OJ-2018-922 y SSPD-OJ-2019-612, que todas las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su naturaleza jurídica (públicas, mixtas o privadas), están obligadas a cumplir con la Ley 594 de 2000 y sus normas reglamentarias, así como con las directrices de la

Circular Externa 20141000000034 de 2014 en materia de gestión documental y organización de archivos.

Lo anterior, sin distinguir grados de obligatoriedad según el tipo de prestador, pues se entiende que todas las entidades vigiladas por la SSPD deben dar cumplimiento integral a las normas en materia archivística a las cuales remitió la referida circular, esto es la Ley 594 de 2000, el Decreto 1080 de 2015, las disposiciones expedidas por la entidad competente en la materia, esto es los acuerdos del Archivo General de la Nación, y demás normas concordantes.

2. *“2. Ubicación en el sector del poder público*

2.1. Para efectos de la aplicación de la Ley 594 de 2000 y de la propia Circular, ¿en qué categoría del poder público o de la Administración Pública ubica la SSPD a una empresa privada que presta el servicio público domiciliario de GLP, como parte de la administración, como entidad descentralizada por servicios, o como particular que cumple funciones públicas, u otra categoría expresamente?”

De conformidad con lo señalado en la respuesta al interrogante anterior, esta Superintendencia considera que las empresas con capital 100% privado que prestan servicios públicos domiciliarios, son particulares que cumplen funciones públicas, en consideración de la asignación específica de las misma por el legislador. Razón por la cual, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 594 de 2000, se consideran sujetos obligados en cuanto a la gestión documental y organización de archivos, en la medida en que ejercen funciones públicas derivadas de la prestación del servicio.

3. *“6. Relación con transparencia y acceso a la información*

6.1. Teniendo en cuenta que la Circular resalta la importancia de disponer de documentación organizada y recuperable para la administración, los organismos de control y los ciudadanos, ¿cómo articula la SSPD las obligaciones de gestión documental previstas en esta Circular con los deberes derivados de la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública, en el caso de empresas privadas que prestan servicios públicos domiciliarios?

6.2. ¿Considera la SSPD que el cumplimiento de la Circular es un soporte necesario o complementario para garantizar el acceso a la información relacionada con la prestación del servicio, y evalúa este aspecto de manera específica en sus actuaciones de inspección y vigilancia?

En respuesta a estos interrogantes, es preciso señalar que la Ley 1712 de 2014 estableció en su artículo 5 que las disposiciones de la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública: *“(...) serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados: (...) c) Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público (...).”*

En ese sentido, resulta claro que en el presente caso la Ley 1712 de 2014 es aplicable a las empresas privadas que prestan servicios públicos domiciliarios, por esta razón, estos prestadores tienen la obligación de cumplir los mandatos establecidos en la norma, los cuales establecen obligaciones de disponibilidad y accesibilidad de la información, como lo es la correspondiente a: contratación, servicios, procedimientos y funcionamiento del sujeto obligado, registro de activos

de información, programas de gestión documental, archivos y sistemas de información, la protección de información exceptuada por daño a personas naturales, jurídicas o a intereses públicos, entre otras.

Estas obligaciones están a cargo de los prestadores de servicios públicos de cualquier naturaleza y se encuentran conectadas con las establecidas en la Ley 594 de 2000 y en la Circular Externa SSPD No. 20141000000034 del 25 de julio de 2014, pues la adecuada gestión documental y la implementación de sistemas de información al interior de los prestadores, es un medio para garantizar la transparencia y el acceso a la ciudadanía a la información generada con ocasión de la prestación de los servicios públicos. Sobre el particular, esta Oficina Asesora Jurídica a través de Concepto SSPD-OJ-2024-50 concluyó:

“(…) que todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios, son sujetos obligados a entregar la información que les sea solicitada. En este punto es imprescindible señalar, que si el prestador es una empresa de servicios públicos clasificada como oficial, está obligada de acuerdo con el literal a, del artículo 5, dada su condición de entidad pública, pues no puede utilizar su objeto empresarial ni su giro ordinario social para evitar la aplicación completa de la Ley 1712.

Por otro lado, las empresas prestadoras clasificadas como mixtas o privadas y los demás agentes prestadores, son sujetos obligados de la Ley 1712 de 2014, de acuerdo a lo dispuesto en el literal c, del artículo 5, previamente citado, pero están condicionados a entregar la información que sea directamente relacionada con la prestación del servicio.

Para obtener un entendimiento de la expresión “información directamente relacionada con el desempeño de su función” que, como ya se mencionó, es la información que están obligadas a entregar los prestadores de servicios públicos domiciliarios, diferentes a las empresas prestadoras clasificadas como oficiales, es menester indicar que esta hace referencia tanto al giro ordinario de los negocios como a lo que contempla el objeto social (...)

(...)

Se concluye entonces que la expresión señalada en el literal c) del artículo 5 de la Ley 1712 de 2014, debe entenderse como aquella información que hace parte del objeto social de la prestadora, que incluye lo relacionado con el giro ordinario de sus negocios y toda aquella actividad que adelante de manera esporádica o extraordinaria.’ (subraya fuera de texto)

A partir de las disposiciones mencionadas y del concepto citado, es dable colegir que, la regla general aplicable a los prestadores de servicios públicos es el libre acceso a la información pública, mientras que la excepción es la reserva de la misma, reserva o restricción que en todo caso debe encontrarse señalada de forma taxativa en Ley.

En este sentido, es preciso mencionar que si bien los prestadores de servicios públicos son sujetos obligados a entregar la información o documentos que les sean solicitados, estos siempre deben estar directamente relacionados con la prestación del servicio. (...)

En consecuencia, la Superservicios en el marco de sus funciones de inspección, vigilancia y control de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, en consideración al manejo de la información por los prestadores de servicios públicos domiciliarios, atiende lo señalado en las funciones entregadas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, de forma particular, en cuanto refiere al numeral 79. 1 en cuanto a “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.** (...) (resaltado fuera de texto)

4. “8. Sistemas de reporte y constancias de cumplimiento

8.1. *¿La SSPD exige algún tipo de reporte o remisión periódica relacionada con la gestión documental (como envío de instrumentos archivísticos, informes de avance o evidencias de implementación), o el control del cumplimiento de la Circular se realiza únicamente a través de requerimientos específicos y visitas de inspección cuando la Superintendencia así lo decide?*

8.2. *Cuando los instrumentos archivísticos han sido aprobados por instancias del Sistema Nacional de Archivos, ¿la SSPD espera que las empresas remitan copia de dichas actas o constancias como parte de la demostración de cumplimiento frente a esta Superintendencia?”*

De conformidad con lo señalado en el numeral 4 de la Circular Externa SSPD No. 20141000000034, así como lo señalado en el Concepto SSPD-OJ-2018-842, esta Superintendencia puede exigir reportes o remisiones periódicas relacionadas con la gestión documental, como el envío de instrumentos archivísticos, informes de avance o evidencias de implementación, especialmente cuando lo considera necesario en el marco de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

En este sentido, el control del cumplimiento de la Circular se realiza principalmente a través de requerimientos específicos y visitas de inspección, de esta forma, esta Superintendencia no exige de manera general y periódica la remisión de informes o evidencias sobre la gestión documental por parte de sus vigilados.

Adicionalmente, se resalta que la Superservicios incorpora en sus labores de inspección, vigilancia y control la verificación del cumplimiento de las normas enunciadas en la Circular Externa SSPD No. 20141000000034 del 25 de julio de 2014 relacionados con la organización archivística, entre los cuales podrían solicitarse copia de las actas o constancias de aprobación de los instrumentos archivísticos por parte de las instancias del Sistema Nacional de Archivos, como parte de la demostración de cumplimiento.

Lo anterior, sin dejar de lado que en consideración de lo mencionado en los artículos 32 y siguientes de la Ley 594 de 2000, corresponde a el Archivo General de la Nación adelantar las acciones de control y vigilancia de lo señalado en la citada norma.

5. “9. Plazos y enfoque frente a incumplimientos

9.1. *¿La SSPD fija plazos generales para la adecuación de los sistemas de gestión documental, o determina caso a caso mediante requerimientos formales según el grado de avance y la situación particular de cada empresa?*

9.2. *Cuando se detectan incumplimientos en gestión documental, ¿la SSPD acostumbra primero impartir instrucciones y fijar términos de corrección (por ejemplo, mediante planes*

de ajuste), o procede de inmediato a la apertura de actuaciones administrativas sancionatorias, dependiendo del tipo de hallazgo?”

10. Régimen sancionatorio aplicable

10.1. Finalmente, cuando el incumplimiento se refiere específicamente a las obligaciones de gestión documental y organización de archivos derivadas de la Circular y de las normas que esta cita, ¿qué régimen sancionatorio aplica la SSPD a los prestadores, el propio de la regulación de servicios públicos domiciliarios, el previsto en la normativa archivística, o una combinación de ambos, y en qué términos generales se materializan esas sanciones (por ejemplo, amonestaciones, multas, otras medidas)?”

Es preciso reiterar que de lo mencionado en los artículos 32 y siguientes de la Ley 594 de 2000, corresponde a el Archivo General de la Nación adelantar las acciones de control y vigilancia de lo señalado en la citada norma. Lo anterior, sin dejar de lado lo establecido en el artículo 2.8.2.3.1. del Decreto 1080 de 2015 en cuanto refiere a los prestadores 100% privados.

Finalmente, se informa que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la dirección electrónica <https://www.superservicios.gov.co/Normativa/Compilacion-juridica-del-sector>, donde encontrará la normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,

OLGA LUCÍA MORENO GONZÁLEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica