

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-2026-190

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

¹ Radicado

TEMA: PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS POR PARTE DE LOS MUNICIPIOS – EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Subtemas: requisitos, trámite y normativa – Funciones de la SSPD

² “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”.

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>

como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011³, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁴.

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 Dirección de Atención Ciudadana de la Contraloría General de la República mediante radicado 2026EE0098868 del 12 de mayo de 2026, dio traslado por competencia a esta Superintendencia de la petición presentada por el Señor Felipe Estrada Fernández, la cual contiene una serie de preguntas relativas a la prestación directa de los servicios públicos domiciliarios por un municipio, empresas de servicios públicos domiciliarios, entre otras, por lo que éstas serán transcritas y respondidas en el acápite de conclusiones.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Constitución Política de Colombia

Ley 142 de 1994⁵

Resolución 20181000120515 de 2018⁶

Concepto SSPD-OJ-2014-400

Concepto SSPD-OJ-2021-541

Concepto SSPD-OJ-2023-125

Concepto SSPD-OJ-2020-630

Concepto SSPD-OJ-2024-359

Concepto SSPD-OJ-2024-198

CONSIDERACIONES

Previo al desarrollo del presente concepto es necesario aclarar 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 que no comprometen la responsabilidad de la Superintendencia y tampoco tienen carácter obligatorio o vinculante, ya que se emiten conforme 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.

De otro lado es importante precisar que, conforme con lo previsto en el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 *“En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya.”*.

³ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁴ “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

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

⁶ “Por la cual se deroga una resolución y se establecen los requerimientos que deben surtir los prestadores de servicios públicos domiciliarios ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en relación con el Registro Único de Prestadores (RUPS) para su inscripción, actualización y cancelación”

De este modo, se evidencia que parte de la consulta se encuentra relacionada con temas específicos de contratos con operadores privados prestadores de servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, este tema excede la competencia de esta Superintendencia de emitir un pronunciamiento concreto respecto de los actos y contratos de los prestadores, con mayor razón cuando el régimen de actos y contratos de los prestadores es el de derecho privado, tal como lo dispone el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. *Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.*

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce. (...)”

Hecha la anterior aclaración, previo a dar respuesta a las preguntas planteadas se procede a efectuar algunas consideraciones generales que brinden elementos de análisis y orienten la consulta anterior, bajo los siguientes ejes temáticos: (i) prestación directa de los servicios públicos domiciliarios por parte de los municipios, (ii) Empresas de Servicios Públicos – ESP, (iii) facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

(i) Prestación directa de los servicios públicos domiciliarios por parte de los municipios

Es preciso iniciar indicando que, la Constitución Política de Colombia en su artículo 367 establece:

“ARTICULO 367. *La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.*

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.” (Subrayas y negrilla fuera del texto)

Siguiendo la misma línea, el artículo 5 de la Ley 142 de 1994 establece en su numeral 1 lo siguiente:

“ARTÍCULO 5o. COMPETENCIA DE LOS MUNICIPIOS EN CUANTO A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. *Es competencia de los municipios en relación con los*

servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:

5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo y energía eléctrica, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente. (...)” (Subrayas y negrilla fuera del texto)

A su vez el artículo 6 de la Ley en mención, señala:

“ARTÍCULO 6o. PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS POR PARTE DE LOS MUNICIPIOS. Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos:

6.1. Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo;

6.2. Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada;

6.3. Cuando, aun habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las Comisiones de Regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios.

6.4. Cuando los municipios asuman la prestación directa de un servicio público, la contabilidad general del municipio debe separarse de la que se lleve para la prestación del servicio; y si presta más de un servicio, la de cada uno debe ser independiente de la de los demás. Además, su contabilidad distinguirá entre los ingresos y gastos relacionados con dicha actividad, y las rentas tributarias o no tributarias que obtienen como autoridades políticas, de tal manera que la prestación de los servicios quede sometida a las mismas reglas que serían aplicables a otras entidades prestadoras de servicios públicos.

En el evento previsto en el inciso anterior, los municipios y sus autoridades quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley misma, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones y al control, inspección, vigilancia y contribuciones de la Superintendencia de

servicios públicos y de las Comisiones. Pero los concejos determinarán si se requiere una junta para que el municipio preste directamente los servicios y, en caso afirmativo, ésta estará compuesta como lo dispone el artículo 27 de esta ley.

Cuando un municipio preste en forma directa uno o más servicios públicos e incumpla las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general, o suspenda el pago de sus obligaciones, o carezca de contabilidad adecuada después de dos años de entrar en vigencia esta Ley o, en fin, viole en forma grave las obligaciones que ella contiene, el Superintendente, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, además de sancionar los alcaldes y administradores, podrá invitar, previa consulta al comité respectivo, cuando ellos estén conformados, a una empresa de servicios públicos para que ésta asuma la prestación del servicio, e imponer una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios, para que ésta pueda operar.

De acuerdo con el artículo 336 de la Constitución Política, la autorización para que un municipio preste los servicios públicos en forma directa no se utilizará, en caso alguno, para constituir un monopolio de derecho.” (Subrayas fuera del texto)

En el marco de las normas transcritas, es preciso señalar que la regla en materia de prestación de servicios públicos domiciliarios es la libertad de entrada y la libre competencia, razón por la cual, los artículos 367 de la Constitución Política y artículo 6 de la Ley 142 de 1994 determinan como excepción, la prestación directa de dichos servicios por los entes territoriales, siempre que se cumpla o materialicen ciertos aspectos técnicos y económicos respecto de la prestación del servicio público domiciliario que se trate y exista una conveniencia general que lo permita y aconseje.

Esta prestación directa fue definida en el numeral 14.14 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 de la siguiente forma:

“14.14. PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS POR UN MUNICIPIO. Es la que asume un municipio, bajo su propia personalidad jurídica, con sus funcionarios y con su patrimonio.” (Subrayas fuera del texto)

De igual forma, el artículo 15 de la ley 142 de 1994 al señalar las personas que pueden prestar servicios públicos domiciliarios, en su numeral 15.3 señaló a los municipios de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 15. PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS. Pueden prestar los servicios públicos:

(...)

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

(...)” (Subrayas y negrilla fuera del texto)

En este sentido, tal y como lo señalan los numerales 6.1 a 6.3 del artículo 6 de la Ley 142 de 1994, los municipios prestarán directamente los servicios públicos domiciliarios cuando se configure alguna de las siguientes circunstancias:

- Cuando el municipio haga invitación pública a las ESP y ninguna de estas se ofreciera a prestarlo.
- Cuando ninguna ESP se ofrezca a prestarlo y el municipio, pese a realizar la invitación pública a otros municipios, al Departamento del que haga parte, a la Nación, o a otras personas privadas y públicas para organizarse en una ESP, no recibieron respuesta adecuada al respecto.
- Cuando existan estudios aprobados por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios que demuestren: (i) que la prestación directa por parte del municipio tendrá un costo inferior y que (ii) la calidad y atención al usuario podrán ser, por lo menos, iguales a la que ofrecen estas empresas.

Respecto a la invitación pública a la cual se refiere la norma citada líneas atrás, en Concepto SSPD-OJ-2023-125 esta Oficina señaló:

“(…) es preciso señalar que el procedimiento establecido en el citado artículo 6 de la Ley 142 de 1994, no ha sido objeto de reglamentación, es decir, actualmente no hay norma reglamentaria que describa el procedimiento de invitación pública que debe adelantar el municipio para cumplir con lo establecido en el artículo citado y que se distingue de los procedimientos contractuales establecidos para las licitaciones públicas. Así lo indicó esta Oficina en concepto SSPD-OJ-2020-76, en el que se señaló lo siguiente:

*“En todo caso, cabe aclararse que, si bien el mecanismo de concurrencia de oferentes establecido para los eventos descritos en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 es la “invitación pública”, el Consejo de Estado ha señalado que dicho mecanismo no cuenta con desarrollo legal, lo que haría necesaria su reglamentación por parte del Presidente de la República.
(…)”*

Así las cosas, ante la inexistencia de reglamentación que, de claridad respecto del contenido y alcance de la invitación pública, debe entenderse en su sentido natural y obvio, lo que supone que la entidad territorial invite al público a ofertar los servicios que requiere para atender sus necesidades, bajo los presupuestos procedimentales que a bien tenga determinar, ya que la ley no los ha definido.

Lo anterior, teniendo en cuenta que esta invitación solo pretende extender el interés de empresas prestadoras de servicios públicos a prestarlos en su territorio o extender una invitación a otros municipios, al Departamento, a la Nación y a otras personas públicas y privadas para organizar una empresa de servicios públicos, mas no quiere decir que este sea el instrumento contractual mediante el cual se celebrará el contrato para la prestación del servicio.

Ahora, la Resolución CRA 943 de 2021, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, ha hecho referencia al concepto de Invitación Pública para efectos de la aplicación de lo establecido en mencionado artículo 6, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO. 1.2.1. DEFINICIONES.

(...)

INVITACIÓN PÚBLICA. El procedimiento establecido en el Título 2 de la Parte 4 del presente Libro, acompañado de una invitación hecha por el municipio a través de los medios de divulgación de la Cámara de Comercio más cercana a la entidad, a personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, a municipios, al departamento del cual haga parte, a la Nación o a otras personas públicas o privadas, en el orden establecido en la Ley 142 de 1994, y de una publicación en periódico de amplia circulación en la zona, dirigida a las personas antes enunciadas, constituyen la invitación pública de que trata el artículo 6o de dicha ley.”

Así las cosas, aun cuando no existe norma legal reglamentaria del procedimiento relacionado con la invitación pública, el municipio podrá tomar en consideración el marco de referencia previsto en precitado artículo 1.2.1 de la Resolución CRA 943 de 2021, en donde se indica que la invitación puede ser realizada por el municipio a través de los medios de divulgación de la Cámara de Comercio más cercana a la entidad y una publicación en un periódico de amplia circulación de la zona.” (Subrayas fuera del texto)

Frente al mismo tema, en el Concepto SSPD-OJ-2014-400 se indicó:

“(…) en lo que respecta a los procedimientos de convocatoria a prestadores interesados y siendo que la norma no señala ninguna restricción frente al desarrollo de las mismas, debe concluirse que los municipios pueden desarrollar las invitaciones establecidas en los numerales 6.1 y 6.2 transcritos de manera secuencial o de manera conjunta, dado que en ambos casos el objetivo de la norma se cumple a cabalidad, siempre y cuando en el documento donde se incluyen las dos invitaciones se establezca con claridad el objeto que persigue cada una de ellas, los cuales deberán corresponder a los numerales señalados.”

En consonancia con los conceptos transcritos, se podrán considerar agotados los requisitos de invitación pública de que tratan los numerales 6.1 y 6.2, del artículo 6 de la Ley 142 de 1994, con un solo acto de convocatoria o de invitación pública a través de los cuales: (i) se invite tanto a empresas públicas, privadas, municipios, el departamento o a la Nación, (ii) se establezca con claridad el objeto que persigue cada invitación, (iii) se deje constancia documental de la publicación de dicha invitación y (iv) se deje constancia de la ausencia de interesados o de respuestas adecuadas, en uno u otro caso.

Una vez agotado el requisito de las invitaciones públicas sin resultado favorable, el municipio podrá prestar directamente el servicio público domiciliario, sin embargo, será necesario que presente estudios previos que demuestren que los costos de la prestación del servicio serán inferiores a los que prestaría una ESP (que hubiese aceptado la invitación), estudios que deben ser aprobados por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

Para lo anterior, deberán considerarse las metodologías para hacer comparables los costos en la prestación de servicios públicos domiciliarios, establecidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA en el marco de las funciones conferidas en El artículo 73 de la Ley 142 de 1994, particularmente, la referida en el numeral 73.11, lo cual permitirá que las comparaciones se hagan con criterios uniformes y transparentes.

En relación con la organización interna del municipio, cuando éste decida prestar directamente el servicio público domiciliario lo podrá hacer mediante una Unidad Administrativa Interna, entendida como una dependencia que hace parte de la administración central del municipio, de conformidad con lo descrito en el numeral 6 del artículo 313 de la Constitución Política, el cual señala:

“ARTÍCULO 313. Corresponde a los Concejos:

(...)

6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.” (Subrayas fuera del texto)

Sobre este tema, esta Oficina Asesora Jurídica en Concepto SSPD-OJ-2024-359 señaló:

“(...) para la prestación directa de los servicios públicos domiciliarios, los municipios podrán crear unidades administrativas dependientes de la administración municipal, a través de acuerdos municipales, expedidos por los concejos en los cuales se deberá encontrar delimitada su naturaleza, objeto y funciones básicas. Estas unidades estarán presididas por juntas administrativas conformadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 de la ley 142 de 1994, y las demás normas concordantes. Para todo ello, existe procedimiento reglado, establecido por el legislador, el cual debe ser cumplido por el municipio o distrito para poder prestar de manera directa los servicios públicos domiciliarios.”

De acuerdo con lo anterior, se entiende que, mediante acuerdo municipal se crearán las unidades administrativas dependientes, en donde se delimitará su naturaleza, objeto y funciones básicas; se reitera que, para que el municipio preste directamente los servicios públicos, debe haber agotado el procedimiento establecido en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994.

En cuanto a la contabilidad separada que debe llevar el municipio al realizar la prestación directa de servicios públicos domiciliarios, referida en el numeral 6.4 del artículo 6 de la Ley en mención, se deben considerar los siguientes aspectos señalados por la norma:

- Se debe llevar por separado a la contabilidad general del municipio.
- Si presta más de un servicio, cada uno debe tener una contabilidad independiente.
- La contabilidad debe distinguir entre los ingresos y gastos relacionados con la prestación del servicio público domiciliario.
- Se debe distinguir entre rentas tributarias y no tributarias que obtienen como autoridades públicas.

Si bien una unidad administrativa interna no goza de personería jurídica, debe tener un grado de autonomía que le permita la prestación oportuna, eficiente e ininterrumpida del servicio; toda vez que, al prestar un servicio público domiciliario quedará sujeta a todas las obligaciones, regulaciones y controles que establece la Ley 142 de 1994 para todos los prestadores de dichos servicios.

En este punto, es de precisar que las Unidades Administrativas Internas se crean mediante acuerdo expedido por el concejo municipal, sobre el particular el Concepto SSPD-OJ-2024-198 señaló:

“(...) en lo que se refiere a la posibilidad de crear unidades de servicios públicos, como organismos constituidos para que los municipios lleven a cabo la prestación directa de los servicios públicos domiciliarios, mediante Concepto No. SSPD-OJU-2009-08 de esta Oficina, se llevaron las siguientes consideraciones:

“2.3. PRESTACIÓN DIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DEL MUNICIPIO.

En el evento que los municipios presten directamente los servicios públicos domiciliarios, el Concejo Municipal debe tener en cuenta que, con base en el artículo 313 de la Constitución Política, le corresponde: (i) reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios públicos; (ii) adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas; (iii) autorizar al alcalde para celebrar contratos, (iv) dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gasto, de modo que se asegure la eficiente prestación de los servicios públicos.” (negrilla fuera del texto)

Teniendo en cuenta que el municipio al prestar directamente el servicio a través de unidades administrativas internas, deberá someterse a la normativa en general y con ello a las obligaciones establecidas para las ESP, así mismo, deberá informar el inicio de sus actividades a la comisión de regulación respectiva y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al respecto el artículo 11 numeral 11.8 de la Ley 142 de 1994 señala:

“ARTÍCULO 11. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones:

(...)

11.8. Informar el inicio de sus actividades a la respectiva Comisión de Regulación, y a la Superintendencia de Servicios Públicos, para que esas autoridades puedan cumplir sus funciones.

Las empresas que a la expedición de esta Ley estén funcionando deben informar de su existencia a estos organismos en un plazo máximo de sesenta (60) días.”

A su vez, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tiene como función legal contenida en el numeral 9 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, la de “*Mantener un registro actualizado de las entidades que prestan los servicios públicos.*”, para lo cual creó el Registro Único de Prestadores – RUPS, estableciendo, mediante la Resolución 20181000120515 de 2018, los requerimientos en relación con dicho registro, en los artículos 2 y 3, señaló:

“ARTÍCULO 2o. RESPONSABLES DE EFECTUAR LA INSCRIPCIÓN, ACTUALIZACIÓN Y/O CANCELACIÓN DEL REGISTRO. Las personas prestadoras de servicios públicos, que se hayan constituido bajo cualquiera de las formas asociativas señaladas en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, deben inscribirse en el RUPS, una vez hayan iniciado la ejecución de las actividades señaladas en su objeto social y que hagan parte de la cadena de prestación de los servicios públicos domiciliarios. Se entiende que son prestadores de estos servicios, quienes desarrollan las actividades propias de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía y gas combustible, o las actividades complementarias a los mismos.” (Subrayas fuera del texto)

“ARTÍCULO 3o. INSCRIPCIÓN. Los prestadores de servicios públicos domiciliarios, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 11.8 del artículo 11 de la Ley 142 de 1994, deben informar el inicio de sus actividades a la Superservicios, para lo cual procederán a registrar su inscripción en el RUPS, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la fecha de inicio de las actividades de prestación del servicio público, en el sitio dispuesto para el efecto por la Entidad, en la página web del SUI, www.sui.gov.co

PARÁGRAFO 1. La inscripción en el RUPS, no tiene efecto constitutivo de la calidad de prestador de servicios públicos domiciliarios, ni tampoco constituye un permiso o autorización para el desarrollo del objeto social del mismo, como bien lo dispone el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, salvo las excepciones consagradas en la normativa vigente, como la consagrada en el artículo 2.3.2.5.3.2 del Decreto número 1077 de 2015, adicionado por el Decreto número 596 de 2016, de acuerdo al cual, se considera que una persona es prestadora de la actividad de aprovechamiento dentro del servicio público de aseo, a partir de su inscripción en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos (RUPS).

PARÁGRAFO 2. En caso de que un prestador de servicios públicos domiciliarios, no cumpla con la obligación legal de inscribirse en el RUPS, tal omisión no restringe el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control por parte de la Superservicios, respecto al mismo.

PARÁGRAFO 3. En el evento en que la Superservicios, identifique en un área de prestación del servicio, la existencia de un ente económico diferente al prestador inscrito, esto es, que de manera directa o indirecta desarrolle actividades inherentes a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en los términos de calidad, continuidad, cobertura y suficiencia financiera señalados en la normativa vigente, deberá solicitarle su inscripción en el RUPS, o en su defecto, realizar la correspondiente inscripción de oficio.

PARÁGRAFO 4. *En ningún caso se debe exigir la inscripción en el RUPS, a los potenciales prestadores de servicios públicos domiciliarios, como requisito de validación previo al inicio de la operación pertinente.” (Subrayas fuera del texto)*

De la lectura de las normas anteriores, se concluye que: (i) la inscripción al RUPS se debe hacer dentro de los 10 días siguientes calendario al inicio de las actividades, (ii) dicha inscripción no es constitutiva de la calidad de prestador de servicio público, (iii) tampoco es una autorización o permiso para el desarrollo del objeto social, (iv) la no inscripción al RUPS no restringe las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, finalmente, (v) de no realizarse el registro y si esta Superintendencia llega a conocer de la existencia de un prestador de servicios, podrá hacer el registro de oficio.

De igual forma, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en consideración de la función asignada en el numeral 79.4, artículo 79 de la Ley 142 de 1994 crea y administra el Sistema Único de Información (SUI), regulado por los artículos 14 y 15 de la Ley 689 de 2001, los cuales fueron adicionados al artículo 53 de la Ley 142 de 1994.

A dicho sistema, cada prestador en consideración del servicio público domiciliario y actividad o actividades que desarrolle, deberá realizar el cargue de información requerida por esta Superintendencia dentro de los términos y forma que se determine a través de los actos administrativos emitidos, que asignen la obligación a los prestadores. Esta es una obligación que debe ser materializada por los prestadores, so pena de las actuaciones administrativas que decidan adelantar las Superintendencias Delegadas misionales y que podrán culminar con la adopción de una de las sanciones consagradas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994.

A su vez, es preciso considerar que esta inscripción solo es procedente cuando el prestador de forma efectiva esté realizando la prestación del servicio, es decir, cuando inicie operaciones, pues de lo contrario, el sistema realizará la habilitación de los formatos de cargue de información, lo cual podrá conllevar a inconsistencias y exigencias fuera de los términos establecidos por cada acto en particular.

Finalmente, es preciso mencionar que, de no cumplirse con la normativa propia de los servicios públicos domiciliarios, será procedente el inicio de actuaciones administrativas de carácter sancionatorio, además, a los alcaldes y administradores. A su vez, podrá invitar, previa consulta, cuando sea procedente, a una empresa de servicios públicos domiciliarios para que asuma la prestación del servicio, e imponer una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios, para que ésta pueda operar. Lo anterior, en consideración de lo consagrado en el inciso final del artículo 6 de la Ley 142 de 1994.

(ii) Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios

En cuanto a estas empresas, se observa que en el numeral 15.1 son las primeras que la Ley 142 de 1994 menciona como prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios, a su vez el artículo 17 de dicha ley indica:

“ARTÍCULO 17. NATURALEZA. *Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.*

PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.

PARÁGRAFO 2o. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas.”
(Subrayas fuera del texto)

Sobre el tema, también el artículo 14 señala que hay distintas clases de empresas de servicios públicos, así:

“(…) 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.”

Al respecto, esta Oficina Jurídica en Concepto SSPD-OJ-2021-541 indicó:

“(…) En este orden de ideas, la naturaleza jurídica de estos prestadores se determina no solo por la forma asociativa que se adopte al momento de su conformación, sino también por el porcentaje de aportes de capital público y privado con que cuenten. En todo caso, el régimen jurídico aplicable como regla general, es el descrito en el artículo 19 de la citada Ley 142 de 1994 y en lo no previsto en este, se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre las sociedades anónimas. (…)” (Subrayas fuera del texto)

El régimen jurídico aplicable para las Empresas de Servicios Públicos también se encuentra en la Ley 142 de 1994, que en su artículo 19 establece:

ARTÍCULO 19. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. *Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:*

19.1. *El nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras "empresa de servicios públicos" o de las letras "E.S.P."*

19.2. *La duración podrá ser indefinida.*

19.3. *Los aportes de capital podrán pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros*

19.4. *Los aumentos del capital autorizado podrán disponerse por decisión de la Junta Directiva, cuando se trate de hacer nuevas inversiones en la infraestructura de los servicios públicos de su objeto, y hasta por el valor que aquellas tengan. La empresa podrá ofrecer, sin sujeción a las reglas de oferta pública de valores ni a las previstas en los artículos 851, 853, 855, 856 y 858 del Código de Comercio, las nuevas acciones a los usuarios que vayan a ser beneficiarios de las inversiones, quienes en caso de que las adquieran, las pagarán en los plazos que la empresa establezca, simultáneamente con las facturas del servicio.*

19.5. *Al constituir la empresa, los socios acordarán libremente la parte del capital autorizado que se suscribe.*

19.6. *Serán libres la determinación de la parte del valor de las acciones que deba pagarse en el momento de la suscripción, y la del plazo para el pago de la parte que salga a deberse. Pero la empresa informará, siempre, en sus estados financieros, qué parte de su capital ha sido pagado y cual no.*

19.7. *El avalúo de los aportes en especie que reciban las empresas no requiere aprobación de autoridad administrativa alguna; podrá hacerse por la asamblea preliminar de accionistas fundadores, con el voto de las dos terceras partes de los socios, o por la Junta Directiva, según dispongan los estatutos. En todo caso los avalúos estarán sujetos a control posterior de la autoridad competente.*

19.8. *Las empresas podrán funcionar, aunque no se haya hecho el registro prescrito en el artículo 756 del Código Civil para los actos relacionados con la propiedad inmueble, relacionados con su constitución. Es deber de los aportantes y de los administradores emplear la mayor diligencia para conseguir que se hagan tales registros, y mientras ello no ocurra, no se tendrán por pagados los aportes respectivos. Quienes se aprovechen de la ausencia de registro para realizar acto alguno de disposición o gravamen respecto de los bienes o derechos que sobre tales bienes tenga la empresa, en perjuicio de ella, cometen delito de estafa, y el acto respectivo será absolutamente nulo.*

19.9. *En las asambleas los socios podrán emitir tantos votos como correspondan a sus acciones; pero todas las decisiones requieren el voto favorable de un número plural de socios.*

19.10. La emisión y colocación de acciones no requiere autorización previa de ninguna autoridad; pero si se va a hacer oferta pública de ellas a personas distintas de los usuarios que hayan de beneficiarse con inversiones en infraestructura se requiere inscripción en el Registro Nacional de Valores.

19.11. Las actas de las asambleas deberán conservarse; y se deberá enviar copia de ellas y de los balances y estados de pérdidas y ganancias a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La Superintendencia tendrá en relación con los balances y el estado de pérdidas y ganancias las facultades de que trata el artículo 448. <sic> del Código de Comercio. También será necesario remitir dichos documentos a la entidad pública que tenga la competencia por la prestación del servicio o a la comisión de regulación cuando alguna de ellas o un socio lo soliciten.

19.12. La empresa no se disolverá sino por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 457 del Código de Comercio, o en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista.

19.13. Si se verifica una de las causales de disolución, los administradores están obligados a realizar aquellos actos y contratos que sean indispensables para no interrumpir la prestación de los servicios a cargo de la empresa, pero darán aviso inmediato a la autoridad competente para la prestación del servicio y a la Superintendencia de servicios públicos, y convocarán inmediatamente a la asamblea general para informar de modo completo y documentado dicha situación. De ninguna manera se ocultará a los terceros con quienes negocie la sociedad la situación en que esta se encuentra; el ocultamiento hará solidariamente responsables a los administradores por las obligaciones que contraigan y los perjuicios que ocasionen.

19.14. <Numeral INEXEQUIBLE>.

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

19.16. La composición de las juntas directivas de las empresas que presten servicios públicos domiciliarios se regirá únicamente por la ley y sus estatutos en los cuales se establecerá que en ellas exista representación directamente proporcional a la propiedad accionaria.

19.17. En el caso de empresas mixtas, cuando el aporte estatal consista en el usufructo de los bienes vinculados a la prestación del servicio público, su suscripción, avalúo y pago, se regirán íntegramente por el derecho privado, aporte que, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, incluirá la regulación de las obligaciones del usufructuario, en especial en lo que se refiere a las expensas ordinarias de conservación y a las causales de la restitución de los bienes aportados.

Vale advertir que, si la forma societaria escogida para la prestación de estos servicios es la de una Sociedad por Acciones Simplificada - SAS, se deberán aplicar de forma prevalente las

disposiciones correspondientes a este tipo de sociedades, las cuales actualmente se encuentran consagradas en la Ley 1258 de 2008, cuyo contenido se aplica de manera integral, es decir, que a la hora de crear o constituir una sociedad de esta naturaleza se deben tener en cuenta todos aquellos requisitos y reglas allí determinados.

Por su parte, el artículo 20 de la ley en cita establece la posibilidad que las empresas de servicios públicos que operen exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores, de acuerdo con reglamentación previa de la comisión reguladora pertinente, se aparten de lo previsto en el artículo 19, indicando lo siguiente:

ARTÍCULO 20. RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS EN MUNICIPIOS MENORES Y ZONAS RURALES. *Las empresas de servicios públicos que operen exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores según la ley, y de acuerdo a reglamentación previa de la comisión reguladora pertinente, podrán apartarse de lo previsto en el artículo precedente en los siguientes aspectos:*

20.1. Podrán constituirse por medio de documento privado, que debe cumplir con las estipulaciones del artículo 110 del Código de Comercio, en lo pertinente, y funcionar con dos o más <sic> socios.

(...)” (Subrayas fuera del texto)

De esta manera, dichas empresas se pueden constituir por medio de documento privado que debe cumplir con las estipulaciones del artículo 110 del Código de Comercio, en lo pertinente y funcionar con dos o más socios, debiendo su capital estar representado en acciones, conforme al artículo 17 de la Ley 142 de 1994.

En igual medida, es importante reiterar que una vez constituidos en debida forma, será necesario, previo al inicio de la prestación del servicio o de la ejecución de la actividad correspondiente, obtener las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de la Ley 142 de 1994, según la naturaleza de dichas actividades, e iniciada la prestación del servicio o de la actividad, deberán informar de tal circunstancia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con el propósito de atender lo dispuesto en el numeral 11.8 del artículo 11 de la citada Ley, así como dar cumplimiento a todas las obligaciones que por tal hecho se generen.

De lo anterior se pueden extraer las siguientes características de las ESP:

- Se deben cumplir todas las formalidades de una sociedad por acciones, ya sea anónima, en comandita por acciones o una Sociedad por Acciones Simplificada, con sus requisitos específicos.
- La ley permite que se omitan algunos requisitos para ESP que solo vayan a operar en municipios menores, estos son: que se pueden constituir mediante documento privado y no necesitan tener junta directiva.
- Deberán obtener las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de la Ley 142 de 1994, según la naturaleza de las actividades prestadas, e iniciada la prestación

del servicio o de la actividad, deberán informar de tal circunstancia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

(iii) Facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Respecto a las competencias constitucionales, legales y jurisprudenciales que le han sido asignadas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se puede colegir que en concordancia con los artículos constitucionales 367 y 370, el legislador promulgó la Ley 142 de 1994, por la cual determinó que las funciones presidenciales de control, inspección y vigilancia que recae sobre las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, estarían en cabeza de esta Superintendencia. Dichas funciones quedan delimitadas por lo dispuesto en los artículos 1, 11, 14 y 79 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones que a estos introdujeron las Leyes 689 de 2001, 1341 de 2009 y 1955 de 2019, así como la reglamentación del Decreto 1369 de 2020.

Así mismo, la Oficina Asesora Jurídica de esta Superintendencia, mediante el Concepto SSPD-OJ-2020-630 explicó el alcance de la vigilancia integral y del parágrafo del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, en los siguientes términos:

“(...) En relación con las inquietudes que se presentan, debe indicarse que si bien en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, a esta Superintendencia le corresponde la vigilancia integral del cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que se sujeten quienes presten servicios públicos, tal competencia debe ejercerse bajo el estricto marco de lo dispuesto en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, de lo que deviene que el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, no debe llevar a la Superintendencia a la realización de actos para los que expresamente no se le ha autorizado.

En este punto, resulta pertinente traer a colación lo previsto en el inciso primero del parágrafo del artículo 79 ibidem que dispone lo siguiente: “PARÁGRAFO 1o. En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya. El Superintendente podrá, pero no está obligado, <sic> visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite. (...)”.

Desde esa óptica, las competencias de la entidad en materia de supervisión de quienes prestan servicios públicos se encuentran delimitadas por lo dispuesto en los artículos 1, 11, 14 y 79 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones que a estos introdujeron las Leyes 689 de 2001, 1341 de 2009 y 1955 de 2019, y por lo indicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en decisiones de conflictos negativos de competencia con otras Superintendencias, en los siguientes términos:

- a. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios vigila (i) los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y gas combustible, (ii) las actividades que realicen las personas prestadoras de que trata la ley de manera integral siempre que estén reguladas y en los términos que fije la Ley respecto de sus competencias, (iii) las actividades complementarias a que se refiere el artículo 14 ibidem, (iv) las actividades

inherentes a la prestación de los servicios públicos a las que se refiera así sea en forma tangencial el régimen de los servicios públicos y tengan regulación, (v) los otros servicios previstos en normas especiales de la Ley 142 de 1994 (generación de aguas, procesos de desalinización y similares – art. 161, y desarrollo de las funciones del CND eléctrico – art. 171) y (vi) las actividades que incidan determinadamente en la correcta prestación de los servicios públicos y que puedan asimilarse a alguna de las actividades principales o complementarias que componen las cadenas de valor de los servicios públicos, previa definición por parte de este ente de control.

- b. De igual manera, la Superintendencia vigila aspectos subjetivos de los prestadores, en el marco de las reglas generales establecidas en la Ley 142 de 1994. No obstante, tal posibilidad no implica que la entidad pueda asumir competencias que no le hayan sido expresamente asignadas.
- c. La vigilancia puede empezar desde antes de que inicie la operación de servicios públicos, siempre que la actividad que esté desarrollando el futuro prestador sea inherente o asimilada y esté sujeta a regulación (Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión 2019-00092). Lo anterior, en virtud del carácter preventivo inmerso en las funciones de policía administrativa en cabeza de la Superintendencia.
- d. La vigilancia termina, en caso de empresas de liquidación, cuando cese la prestación del servicio público domiciliario, siempre que la liquidación no haya estado precedida de un proceso de toma de posesión (Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión 2019-00143).
- e. Las funciones de inspección y vigilancia dependen de que el incumplimiento de la Ley material por parte de los prestadores afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados (artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994)
- f. La función de sanción sólo debe activarse cuando no esté atribuida a otra autoridad (artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994)
- g. La Superintendencia no puede aprobar previamente actos y contratos de sus vigiladas (Parágrafo primero del artículo 79 de la Ley 142 de 1994) (...)”.

En ese contexto, y a partir de los criterios delimitados por el régimen de los servicios públicos domiciliarios y la jurisprudencia del Consejo de Estado, se reafirma que las competencias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se circunscriben al ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control sobre los prestadores, dentro de los límites legales establecidos, sin que ello implique la asunción de competencias regulatorias, contractuales o de gestión, ni la resolución de situaciones particulares, en el marco de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

Por último, respecto a la función sancionatoria de la Superservicios, el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 establece las sanciones que esta entidad puede imponer a los prestadores de servicios públicos que violen las normas a las que deben estar sujetos, según la naturaleza y la gravedad de la falta, de esta forma indica las siguientes sanciones:

“ARTÍCULO 81. SANCIONES. La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:

81.1. Amonestación.

81.2 Multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al factor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén. Las multas ingresarán al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos, salvo en el caso al que se refiere el numeral 79.11. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción.

81.3. Orden de suspender de inmediato todas o algunas de las actividades del infractor, y cierre de los inmuebles utilizados para desarrollarlas.

81.4. Orden de separar a los administradores o empleados de una empresa de servicios públicos de los cargos que ocupan; y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares, hasta por diez años.

81.5. Solicitud a las autoridades para que decreten la caducidad de los contratos que haya celebrado el infractor, cuando el régimen de tales contratos lo permita, o la cancelación de licencias, así como la aplicación de las sanciones y multas previstas pertinentes.

81.6. Prohibición al infractor de prestar directa o indirectamente servicios públicos, hasta por diez años.

81.7. Toma de posesión en una empresa de servicios públicos, o la suspensión temporal o definitiva de sus autorizaciones y licencias, cuando las sanciones previstas atrás no sean efectivas o perjudiquen indebidamente a terceros.

Las sanciones que se impongan a personas naturales se harán previo el análisis de la culpa del eventual responsable y no podrán fundarse en criterios de responsabilidad objetiva.”

CONCLUSIONES

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se presentan las siguientes conclusiones a las preguntas planteadas en la consulta:

EJE 1. Procedimiento y competencias para la recuperación de la administración

Opciones legales de prestación directa. ¿Qué figuras jurídicas habilita la Ley 142 de 1994 para que un municipio de sexta categoría pueda recuperar la administración directa de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo cuando estos han sido entregados a un tercero? Sírvase enumerar todas las alternativas (empresa de servicios públicos oficial, empresa mixta, prestación directa por dependencia municipal, entre otras), indicando brevemente sus características esenciales.

En el régimen de los servicios públicos domiciliarios la regla general es la libertad de empresa y la libre competencia de conformidad con los artículos 365 y 367 de la Constitución Política y artículos 10 y 22 de la Ley 142 de 1994, de modo que la prestación directa del servicio por parte de la entidad territorial constituye una medida excepcional. Dentro de ese marco, deben distinguirse dos figuras que no pueden confundirse:

Prestación directa por el municipio. Es aquella que el municipio asume bajo su propia personalidad jurídica, con sus funcionarios y con su patrimonio, a través de una unidad administrativa interna dependiente de la administración central. Sus características esenciales son: (i) carece de personería jurídica propia, pero debe dotarse de un grado de autonomía que garantice la prestación oportuna, eficiente e ininterrumpida; (ii) se crea por acuerdo del Concejo Municipal, en el que se delimitan su naturaleza, objeto y funciones; (iii) debe llevar contabilidad separada de la general del municipio, e independiente por cada servicio; y (iv) queda sujeta a todas las obligaciones, regulaciones y controles que la Ley 142 de 1994 impone a cualquier prestador.

Esta modalidad solo procede cuando se configure algunas de las circunstancias previstas en el artículo 6, las cuales no deben presentarse de manera sucesivas, pues basta con que se acontezca una sola de ellas: invitación pública sin oferentes (6.1); invitación a otras entidades públicas y privadas sin respuesta adecuada (6.2); o estudios aprobados por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios que demuestren un costo inferior y una calidad y atención al usuario, por lo menos, iguales a las que ofrecerían las empresas (6.3).

(b) Prestación por una Empresa de Servicios Públicos (E.S.P.). Constituida como sociedad por acciones, su naturaleza se determina por la composición de su capital: oficial, cuando la totalidad de los aportes es estatal; mixta, cuando el aporte público es igual o superior al 50%; y privada, cuando el capital pertenece mayoritariamente a particulares. Se rige por el régimen del artículo 19 y, en lo no previsto, por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas; tratándose de empresas que operen exclusivamente en municipios menores, el artículo 20 permite su constitución por documento privado.

En síntesis, el municipio dispone de un abanico que va desde la gestión directa mediante dependencia interna de carácter excepcional y subsidiario hasta la constitución o participación en una E.S.P. oficial, mixta o privada, debiendo en todo caso verificarse los presupuestos legales propios de cada figura.

Competencia del Concejo Municipal. ¿Es siempre necesario que el Concejo Municipal autorice, a través de un Acuerdo, la creación de una nueva entidad prestadora de servicios públicos, sin importar su naturaleza jurídica? ¿Existe algún caso en el cual el Alcalde pueda constituir la sin dicha autorización? En caso de requerirse Acuerdo, ¿cuáles son los contenidos mínimos e indispensables que debe contener el proyecto respectivo?

La intervención del Concejo Municipal depende de la figura escogida. Cuando se opta por la prestación directa, la unidad administrativa interna forma parte de la estructura de la administración central, cuya determinación es competencia privativa del Concejo de acuerdo a lo estipulado en el numeral 6 del artículo 313 de la Constitución Política; por ello, su creación exige acuerdo municipal. De igual manera, corresponde al Concejo, a iniciativa del alcalde, crear establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. De lo anterior se desprende que el alcalde no puede, por sí solo, sustituir esa competencia corporativa: su papel es de iniciativa, y la decisión de crear o autorizar la entidad recae en el Concejo.

Distinto es el caso de las Empresas de Servicios Públicos propiamente dichas, cuya constitución y actos se rigen por el derecho privado, y en las que la participación de la entidad territorial en el capital se sujeta a las reglas especiales del artículo 27 de la Ley 142 de 1994. En estos eventos, la actuación del Concejo se circunscribe a las autorizaciones que la Constitución y la ley le atribuyen, sin que ello altere el régimen privado de la sociedad.

En cuanto a los contenidos mínimos del proyecto de acuerdo, se precisa que esta materia no hace parte de las competencias de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia, ya que esta no incluye la elaboración ni la aprobación de los actos de las entidades territoriales.

Facultades del Alcalde. ¿Cuál es el margen de discrecionalidad del Alcalde para definir la estructura societaria más adecuada (por ejemplo, si será oficial o mixta) una vez obtenida la autorización genérica del Concejo, o debe el Concejo aprobar el tipo de sociedad y la composición del capital desde el inicio?

Proceso de selección de socios privados (si se optara por empresa mixta). En caso de que, más adelante y con base en estudios, se considere conveniente una empresa mixta, ¿cuál es el procedimiento legal obligatorio para seleccionar al socio o socios privados? ¿Debe realizarse una convocatoria pública que garantice la libre concurrencia y la transparencia? ¿Qué principios de la contratación pública o de la gestión fiscal aplican a ese proceso?

La constitución, los actos y la administración de las Empresas de Servicios Públicos se rigen exclusivamente por las reglas del derecho privado, incluso cuando en ellas participen entidades públicas y con independencia del porcentaje de sus aportes. En consecuencia, la definición de la estructura societaria, del tipo de sociedad y de la composición del capital, así como la vinculación de socios, se gobiernan por dicho régimen y por los estatutos sociales, y no por las reglas de la contratación estatal.

Lo anterior no implica que la participación de las entidades territoriales en la prestación de los servicios públicos domiciliarios o en el capital de las empresas prestadoras se encuentre exenta de límites y controles. Por el contrario, dicha participación debe desarrollarse dentro del marco jurídico previsto por la Constitución y la ley. En particular, la vinculación de la entidad territorial al capital de una empresa de servicios públicos está sometida a reglas especiales orientadas a garantizar la transparencia, la publicidad y la democratización de la propiedad cuando proceda la enajenación de aportes. Asimismo, la gestión y administración de estas empresas debe

responder a criterios de profesionalización y eficiencia, preservando su independencia frente a intereses políticos o partidistas.

De igual forma, la destinación, administración y control de los recursos públicos involucrados en estas actividades deben observar los principios que rigen la función administrativa y la gestión fiscal, tales como la legalidad, la transparencia, la eficiencia, la economía, la responsabilidad y la rendición de cuentas. En consecuencia, la participación de la entidad territorial en este tipo de esquemas no la releva del cumplimiento de los deberes y controles propios de la gestión pública.

Adicionalmente, cuando la entidad territorial opte por celebrar contratos con una empresa de servicios públicos para que esta asuma la prestación de los servicios públicos domiciliarios a su cargo, dicha relación contractual deberá sujetarse al régimen jurídico previsto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y a las demás disposiciones que resulten aplicables. Lo anterior implica que, aun cuando la prestación sea asumida por un tercero especializado, la actuación de la entidad territorial y de la empresa prestadora debe desarrollarse dentro del marco normativo establecido para garantizar la adecuada prestación de los servicios, la protección de los usuarios y el cumplimiento de los fines que orientan la intervención del Estado en este sector.

EJE 2. Mecanismos de participación ciudadana y su fuerza vinculante

Taller de Gobernanza. A la luz del artículo 103 de la Constitución y la Ley 1757 de 2015, ¿qué valor jurídico tendría un “Taller de Gobernanza” como espacio deliberativo y de votación simbólica, donde concejales, presidentes de junta de acción comunal y comunidad en general manifiestan su respaldo a recuperar los servicios públicos? ¿Sus conclusiones pueden considerarse como una expresión de la voluntad popular que oblique políticamente a las autoridades, o carecen de efectos vinculantes? ¿Es recomendable realizarlo como fase previa para legitimar socialmente la iniciativa?

Cabildo Abierto. ¿Permite la ley que la comunidad solicite un Cabildo Abierto ante el Concejo Municipal para debatir exclusivamente la idea de crear una nueva empresa prestadora? ¿Estaría el Concejo obligado a pronunciarse formalmente, o solo a escuchar? ¿Puede utilizarse este mecanismo para presentar un proyecto de acuerdo, o está expresamente prohibido?

Iniciativa Popular Normativa. ¿Es procedente utilizar el mecanismo de iniciativa popular normativa para que los ciudadanos radiquen un proyecto de acuerdo que ordene al municipio la creación de una empresa de servicios públicos? ¿Cuál sería el porcentaje mínimo de firmas requerido y qué controles ejerce la Registraduría y el propio Concejo sobre su validez? ¿Obliga este mecanismo al Concejo a debatir y votar el proyecto, o también puede archivar sin votación?

Consulta Popular. ¿Podría un municipio de sexta categoría convocar una consulta popular de origen ciudadano o gubernamental para preguntar a los electores si están de acuerdo con recuperar la administración y prestación de los servicios públicos mediante una nueva empresa? ¿Qué umbral de participación se exige para que el resultado sea vinculante? ¿Es financiera y logísticamente viable para un municipio pequeño? Valor comparativo. Con base en la experiencia institucional de la entidad a la que me dirijo, ¿cuál de los

mecanismos de participación descritos (Taller de Gobernanza, Cabildo Abierto, Iniciativa Popular Normativa, Consulta Popular) tendría mayor fuerza vinculante o utilidad estratégica para un proceso como el descrito? Sírvase sustentar la respuesta.

Las competencias de esta Superintendencia se encuentran definidas por el ordenamiento jurídico y se circunscriben al ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control sobre los prestadores de servicios públicos domiciliarios, en los términos previstos en los artículos 1, 11, 14 y 79 de la Ley 142 de 1994. En consecuencia, sus actuaciones deben desarrollarse dentro del ámbito material propio del régimen de los servicios públicos domiciliarios, sin que resulte procedente extender su competencia a asuntos cuya regulación, interpretación o aplicación ha sido atribuida por la ley a otras autoridades.

Bajo esta premisa, las inquietudes relacionadas con el alcance, valor jurídico o fuerza vinculante de los mecanismos de participación ciudadana regulados por la Constitución Política y por la Ley 1757 de 2015 exceden el ámbito competencial de esta Superintendencia. Se trata de materias que no guardan relación directa con las funciones de inspección, vigilancia y control sobre los prestadores de servicios públicos domiciliarios y cuyo análisis corresponde, según el caso, a las autoridades encargadas de la organización electoral, a las corporaciones públicas de elección popular y a los demás órganos competentes para interpretar y aplicar las normas que regulan los mecanismos de participación democrática. Por esta razón, esta entidad no se encuentra habilitada para emitir un pronunciamiento de fondo sobre las preguntas formuladas en esa materia.

Sin perjuicio de lo anterior, y únicamente con fines ilustrativos, conviene señalar que el régimen de los servicios públicos domiciliarios sí contempla mecanismos específicos de participación ciudadana orientados al seguimiento y control de la prestación de dichos servicios. En particular, los artículos 62 a 65 de la Ley 142 de 1994 regulan los Comités de Desarrollo y Control Social, como instancias a través de las cuales los usuarios y la comunidad pueden ejercer control social sobre la gestión de las empresas prestadoras. Para el adecuado funcionamiento de estos comités, las autoridades municipales y la Superintendencia cumplen labores de apoyo, capacitación y orientación, debiendo existir un comité por municipio respecto de cada servicio público domiciliario.

No obstante, es importante precisar que estos mecanismos de control social tienen una finalidad específica asociada a la vigilancia ciudadana de la prestación de los servicios públicos domiciliarios y a la defensa de los derechos de los usuarios. Por ello, no pueden equipararse ni sustituir los mecanismos de participación ciudadana previstos en la Constitución y en la Ley 1757 de 2015, ni constituyen instrumentos para adoptar decisiones relacionadas con la creación, organización o definición de esquemas de prestación de servicios públicos. Su alcance se limita al ejercicio del control social dentro del marco establecido por la Ley 142 de 1994.

EJE 3. Viabilidad fiscal, transición contractual y control

Restricciones para municipios de sexta categoría. ¿Existe alguna limitación constitucional o legal para que un municipio de escasos recursos fiscales constituya una empresa de servicios públicos? ¿Qué análisis de viabilidad financiera, riesgo fiscal y capacidad

institucional deben acompañar la decisión para no comprometer la estabilidad presupuestal?

La Ley 142 de 1994 no establece una restricción que prohíba a un municipio, por su categoría o por su nivel de recursos, constituir o participar en una Empresa de Servicios Públicos o asumir la prestación. Lo que el ordenamiento exige es el cumplimiento de los presupuestos propios de cada figura: tratándose de la prestación directa, su procedencia está condicionada al agotamiento de las tres circunstancias del artículo 6 en especial, a los estudios aprobados por el Superintendente que demuestren un menor costo y una calidad y atención, por lo menos, iguales a las de una empresa prestadora; y tratándose de una E.S.P., al cumplimiento de los requisitos de constitución y operación de la Ley 142 de 1994.

Adicionalmente, toda decisión de esta naturaleza debe inscribirse en el marco del régimen tarifario, que descansa en los criterios de eficiencia económica y suficiencia financiera, y en el esquema de subsidios y contribuciones canalizado a través de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, de modo que la prestación sea sostenible y no comprometa la calidad ni la continuidad del servicio. La valoración de la viabilidad financiera, el riesgo fiscal, la capacidad institucional y la estabilidad presupuestal en observancia del principio de sostenibilidad fiscal corresponde adelantarla a las autoridades de planeación y de hacienda del respectivo ente territorial, por tratarse de un análisis que excede las competencias de inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia. En todo caso, dicho análisis debería abordar, como mínimo, la proyección de costos e ingresos del servicio, la estructura tarifaria y de subsidios, la disponibilidad presupuestal y la capacidad técnica y administrativa para garantizar una prestación eficiente y continua.

Terminación de la relación con el actual operador. ¿Cuáles son las vías legales lícitas para que el municipio recupere los servicios antes del vencimiento del contrato vigente? ¿Qué pasos debe seguir la administración para no incurrir en incumplimiento ni generar indemnizaciones que configuren detrimento patrimonial?

En sede de consulta, esta Superintendencia emite conceptos de carácter general y abstracto, por lo que no le corresponde pronunciarse sobre situaciones particulares ni resolver controversias concretas, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. En consecuencia, no resulta procedente determinar, para un caso específico, cuál es la alternativa jurídica más adecuada para poner fin a una relación contractual ni establecer los efectos particulares que puedan derivarse de una determinada actuación de las partes.

Adicionalmente, el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 dispone que esta Superintendencia no podrá exigir que los actos o contratos de las empresas de servicios públicos se sometan a su aprobación previa. Lo anterior implica que la entidad carece de competencia para autorizar, validar o definir la procedencia de decisiones contractuales adoptadas por los prestadores o por las entidades territoriales en el marco de las relaciones jurídicas que estos celebren.

De manera general, las relaciones contractuales que se establezcan para la prestación de los servicios públicos domiciliarios se encuentran sometidas al régimen jurídico previsto en la Ley 142 de 1994 y, en particular, a las reglas de derecho privado consagradas en su artículo 32, sin

perjuicio de las disposiciones especiales que resulten aplicables. En este contexto, las causales de terminación, los procedimientos para hacerlas efectivas, las consecuencias derivadas de su configuración y los eventuales reconocimientos económicos asociados a la finalización de la relación contractual corresponden, en principio, a materias reguladas por el respectivo contrato y por las normas que gobiernan la relación jurídica de que se trate.

Control fiscal y disciplinario. ¿Qué papel juegan la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República en este tipo de procesos? ¿Es aconsejable solicitar su acompañamiento preventivo desde la fase de estructuración? ¿Qué responsabilidades podrían derivarse para el Alcalde o los Concejales si la decisión no se ajusta a la legalidad?

Teniendo en cuenta que este bloque de preguntas está relacionado con el Control fiscal y disciplinario que realizan la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación respectivamente, no es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios quien deba contestarlas, sin embargo, se debe aclarar que fue la misma Contraloría la que remitió la petición en su totalidad, a esta entidad por competencia. Así las cosas, se procede a dar una explicación muy general respecto a estos 2 tipos de controles:

Las preguntas relacionadas con el control fiscal y disciplinario exceden el ámbito de competencia de esta Superintendencia, por corresponder a materias propias de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la Nación, respectivamente. En consecuencia, esta entidad no se encuentra facultada para emitir un pronunciamiento de fondo sobre dichos asuntos.

Sin perjuicio de lo anterior, se precisa que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejerce funciones de inspección, vigilancia y control sobre los prestadores de servicios públicos domiciliarios, así como las facultades sancionatorias previstas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, dentro del ámbito de sus competencias legales.

Cordialmente,

MARIA CAMILA LOZANO MARTÍNEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)