



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20171330763671

Fecha: 20/06/2017

CJ-F-001 V.1

Página 1 de 6

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2017-454

Ref. Su solicitud de Concepto¹

Se basa la consulta objeto de estudio en responder las siguientes preguntas relativas al régimen legal de los gestores de PDA: " a. ¿Es afirmativo o falso que legalmente el gestor del Plan Departamental de Agua al estar constituida como E.S.P. no queda inmersa en el régimen de los servicios públicos domiciliarios para el cumplimiento de su objeto social?, precisar que esta E.S.P. no atiende usuarios y su único objeto como lo reitero es la ejecución del Plan Departamental de Agua., b. Afirmativa la respuesta del literal a, al no estar inmersa en el régimen de los servicios públicos domiciliarios la E.S.P. gestora del Plan Departamental de Aguas. Pregunto: ¿cuáles son los efectos jurídicos de este hecho?, c. Al no estar inmersa la E.S.P gestora del Plan Departamental de Aguas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Pregunto: a este tipo de E.S.P. no es dable aplicar las definiciones señaladas por los artículos 14.5 y 14.6 de la ley 142 de 1994?, d. Al no estar inmersa la E.S.P gestora del Plan Departamental de Aguas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios y ésta de tener la naturaleza jurídica de E.S.P. de carácter mixto. Pregunto: ¿las personas que laboren en ella en cargos administrativos u operativos no les aplicaría el artículo 41 de la ley 142 de 1994?, e. Al no estar inmersa la E.S.P gestora del Plan Departamental de Aguas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios y al no aplicarse el artículo 19.15 de la ley 142 de 1994, en efecto, la E.S.P gestora del Plan Departamental de Aguas que rige sus actos por el derecho público. Pregunto: ¿esta E.S.P. no podrá fusionarse en los términos del código de comercio con E.S.P. oficial, mixta o privada que atiende usuarios? "

Antes de cualquier pronunciamiento sobre su solicitud, es preciso señalar que el presente documento se enuncia con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, toda vez que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la



C014/5927



C014/5927

¹Radicado 20175290316032

Tema: PLANES DEPARTAMENTALES DE AGUA/Subtema. Régimen jurídico del Gestor

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en respuesta a una petición en la modalidad de consulta, constituyen orientaciones y puntos de vista que no comprometen o responsabilizan a la Entidad, pues no tienen carácter obligatorio, ni vinculante.

De acuerdo con lo anterior, las respuestas dadas a las consultas elevadas ante esta Oficina Asesora Jurídica, se presentan de manera general respecto del problema jurídico planteado, en el marco de sus competencias y sin posibilidad de resolver conflictos de orden particular.

Por otra parte, el párrafo primero² del artículo 79 de la Ley 142 de 1994³, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001⁴, indica con claridad que esta Superintendencia no puede exigir que los actos o contratos de las empresas de servicios públicos se sometan a su previa aprobación, ya que el ámbito de su competencia en relación con estos, se contrae de manera exclusiva a vigilar y controlar el cumplimiento de aquellos que se celebren entre las empresas y los usuarios, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994).

Obrar en sentido contrario, podría conllevar una extralimitación de funciones, así como la realización de actos de coadministración de los prestadores vigilados.

Expuesto lo anterior, y previo a dar respuesta a las preguntas por usted formuladas, consideramos necesario reiterar lo señalado por esta misma Oficina, a través de Concepto Jurídico Unificado SSPD – OJU 2010 – 11, en donde a propósito del régimen jurídico de los Gestores de Planes Departamentales de Agua – PDA, se indicó lo siguiente:

"Cómo se señaló anteriormente, el Gestor del PDA puede ser una empresa de servicios públicos; sin embargo, teniendo en cuenta el ámbito de sus funciones, esta Superintendencia siempre ha considerado que al mismo no le sería aplicable la Ley 142 de 1994 ni su régimen de contratación, en tanto no desarrolle actividades concretas de prestación de servicios públicos domiciliarios o de actividades complementarias a estos, en los términos del estatuto de los servicios públicos domiciliarios, conclusión que se reafirma con la expedición del Decreto 4548 de 2009 que señala que cuando las empresas de servicios públicos realicen funciones como Gestores de los Planes Departamentales de Agua, deberán contratar siguiendo la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Este Decreto, fue expedido por el MAVDT siguiendo las recomendaciones, entre otras entidades, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Respecto de este tema, se presentará el análisis respectivo en un aparte especial del presente documento.

(...) Por tanto, conforme al Decreto en mención, puede ser tenido en cuenta para actuar como Gestor de un Plan Departamental de Agua, una empresa de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo del orden departamental, siempre que sus estatutos permitan

² PARÁGRAFO PRIMERO: 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, visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite.

³ "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".

⁴ "Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994".

la vinculación como socios de los municipios y/o distritos del Departamento que lo soliciten o el Departamento.

No obstante lo anterior, conviene tener en cuenta que el Gestor del PDA, a pesar de que puede ser una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo del orden departamental, tiene funciones que se relacionan con la gestión, implementación y seguimiento a la ejecución del PDA mas no con la prestación real y efectiva de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual, a pesar de su forma jurídica, no es posible predicar frente a los Gestores de PDA la aplicación del régimen de servicios públicos domiciliarios, en razón a que dicho régimen deviene, en cuanto a su aplicación, de la realización efectiva de actividades de prestación de los servicios domiciliarios o actividades complementarias de que trata la Ley 142 de 1994, y no de la forma jurídica que adopte una determinada sociedad.

Al respecto de lo dicho, debe concluirse que al no ser el prestador de los servicios, la empresa que se encargue de la gestión de los PDA no queda inmersa en el régimen de servicios públicos, así adopte la forma de una sociedad anónima ESP, ya que lo que genera las obligaciones y derechos propios del régimen establecido en la Ley 142 de 1994 y demás normas reglamentarias y regulatorias, es la prestación efectiva del servicio, que frente a los gestores de los planes departamentales de agua, no es un requisito para adquirir dicha calidad.

En efecto, si bien la forma societaria puede ser un criterio que coadyuve a la identificación de una empresa de servicios públicos domiciliarios, lo cierto es que lo que realmente determina la aplicación del régimen especial contenido en la Ley 142 de 1994, no es la forma que se adopte, sino la actividad que se realice, contexto en el cual, si no se desarrollan actividades de prestación de los servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias de que trata la Ley 142 de 1994, mal podría hablarse de la existencia real de una empresa prestadora de servicios públicos.

Lo anterior, es coherente con la aplicación del principio de la realidad, según el cual los hechos priman sobre las formas

Aceptar una tesis contraria implicaría (i) la desnaturalización del régimen legal especial aplicable a los prestadores de SPD, (ii) la inclusión indebida de actividades "complementarias o de prestación" no contempladas legal ni regulatoriamente, e incluso (iii) un entendimiento diferente respecto de las funciones desarrolladas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien al tenor de una nueva posición, debería vigilar empresas constituidas como ESP que no desarrollen actividades propias de la prestación de SPD, y contrario sensu, abstenerse de desarrollar las actividades para las que fue creada, frente a prestadores no organizados en la forma prevista por la Ley 142 de 1994.

Lo señalado tiene un claro sustento legal, que puede encontrarse, entre otros, en los artículos 1. 10, 14.20, 14.21, 15, 17, 18, 20, 22 y 31 de la Ley 142 de 1994, que al señalar diferentes aspectos relativos a la prestación de los servicios públicos domiciliarios y a los prestadores indican de manera diáfana que la aplicación del régimen contenido en la Ley 142 de 1994, requiere la realización efectiva de actividades de prestación de servicios públicos o actividades complementarias, y no simplemente la adopción de una determinada forma social.

En efecto, la Ley 142 de 1994 en su artículo primero, señala que dicha norma se aplica a los servicios domiciliarios y actividades complementarias en ella definidos, y a las actividades que realicen las personas prestadoras respecto de dichos servicios. Paralelamente, el artículo 15 ídem señala que pueden prestar servicios públicos domiciliarios las empresas de servicios públicos, y el 17, por su parte, indica que dichas empresas son aquellas cuyo objeto es la prestación de dichos servicios, lo que concuerda con lo dispuesto en el artículo 18 en donde se reitera que el objeto de las empresas de servicios públicos ES LA PRESTACIÓN efectiva de los servicios y actividades complementarias a que se refiere la Ley 142 de 1994.

Adicionalmente, en lo relativo al régimen de contratación aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios, es pertinente recordar lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, que señala que no estarán sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública..." Los contratos que celebren las entidades estatales QUE PRESTAN los servicios públicos a los que se refiere esta ley".

Teniendo en cuenta las anteriormente citadas disposiciones, se concluye con facilidad que el factor determinante frente al régimen jurídico aplicable a un prestador de servicios públicos no es la figura societaria que se adopte, sino la actividad que se realice, tal como se ha señalado hasta ahora.

Por último, es importante tener en cuenta que la posición reiterada de la Oficina Asesora Jurídica de la Superservicios, se ha dirigido a señalar que la posibilidad potencial de prestación de un servicio no convierte a una persona en prestador, razón por la cual las obligaciones frente a la Superintendencia (inscripción en el RUPS, cargue de información al SUI, pago de contribuciones, etc.), frente al Estado y frente a los usuarios, solo surgen a partir del momento en que el respectivo ente jurídico desarrolla actividades de prestación. La anterior posición jurídica de esta Superintendencia, que fue objeto de un intenso debate entre los diferentes actores del sector de agua potable y saneamiento básico, fue finalmente aceptada y adoptada a través del Decreto 4548 de 2009, que en su artículo primero dispone lo siguiente:

(...) En tal virtud, salvo que una norma legal señale de manera expresa que las empresas de servicios públicos encargadas de la gestión de PDA, comparten el régimen de aquellas que se constituyen como tales para la prestación efectiva de servicios públicos, no podrá derivarse el régimen contenido en la Ley 142 de 1994 frente a dichas empresas.

En ese contexto, la contratación realizada por los gestores de PDA, sean estos los Departamentos o empresas con participación municipal y en general estatal, deberán seguir en sus procesos de contratación, las normas que al efecto se han expedido para las entidades de derecho público, teniendo en cuenta, además, lo señalado en el artículo 7 del Decreto 3200 de 2008 y en el artículo 1 del Decreto 4548 de 2009 antes citado. "

De acuerdo con lo expuesto en el citado Concepto se responde:

a. *¿Es afirmativo o falso que legalmente el gestor del Plan Departamental de Agua al estar constituida como E.S.P. no queda inmersa en el régimen de los servicios públicos domiciliarios*

para el cumplimiento de su objeto social?, precisar que esta E.S.P. no atiende usuarios y su único objeto como lo reitero es la ejecución del Plan Departamental de Agua.

En tanto la labor del gestor, de acuerdo con el artículo 5º del Decreto 2246 de 2012, es la de gestionar, implementar, y hacer seguimiento a la ejecución de los PAP – PDA, su régimen jurídico no es el de las empresas de servicios públicos domiciliarios, sin perjuicio de que el citado Gestor pueda asumir la forma jurídica de una de ellas.

b. Afirmativa la respuesta del literal a al no estar inmersa en el régimen de los servicios públicos domiciliarios la E.S.P. gestora del Plan Departamental de Aguas. Pregunta: ¿cuáles son los efectos jurídicos de este hecho?

Las empresas de servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con el Capítulo I del Título I de la Ley 142 de 1994, tienen un régimen legal propio de actos y contratos, independientemente de su naturaleza jurídica (sociedades anónimas, sociedades en comandita por acciones y sociedades anónimas simplificadas), y de su composición accionaria (oficiales, mixtas y privadas).

Dado lo anterior, la principal consecuencia de que el Gestor de un PAP – PDA no se rija en cuanto a sus actividades por la Ley 142 de 1994, es que su régimen de actos y contratos no será el especial aplicable a quienes materialmente prestan servicios públicos domiciliarios, sino el que corresponda a su naturaleza jurídica y composición accionaria o de capital.

c. Al no estar inmersa la E.S.P gestora del Plan Departamental de Aguas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Pregunta: a este tipo de E.S.P. no es dable aplicar las definiciones señaladas por los artículos 14.5 y 14.6 de la ley 142 de 1994?

En efecto, si a la labor de un Gestor de un PAP – PDA no se le aplica el régimen de los servicios públicos domiciliarios, en consecuencia, ello implica que no le rigen los numerales 5 y 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994.

d. Al no estar inmersa la E.S.P gestora del Plan Departamental de Aguas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios y ésta de tener la naturaleza jurídica de E.S.P. de carácter mixto. Pregunta: ¿las personas que laboren en ella en cargos administrativos u operativos no les aplicaría el artículo 41 de la ley 142 de 1994?

En efecto, si a la labor de un Gestor de un PAP – PDA no se le aplica el régimen de los servicios públicos domiciliarios, en consecuencia ello implica que no le rige lo establecido en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994

e. Al no estar inmersa la E.S.P gestora del Plan Departamental de Aguas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios y al no aplicarse el artículo 19.15 de la ley 142 de 1994, en efecto, la E.S.P gestora del Plan Departamental de Aguas que rige sus actos por el derecho público. Pregunta: ¿esta E.S.P. no podrá fusionarse en los términos del código de comercio con E.S.P. oficial, mixta o privada que atiende usuarios?

La conclusión a la que usted llega es errada. En efecto, el hecho de que un Gestor de un PAP – PDA no preste servicios públicos domiciliarios en un momento dado, no implica que no pueda hacerlo en otro, aún a pesar de continuar con su labor, no sujeta al régimen de la Ley 142 de 1994, de gestión del PAP – PDA. De otra parte, y en lo que tiene que ver con una posible fusión de un Gestor de un PAP – PDA con una empresa de servicios públicos domiciliarios en estado operativo, debemos decir que esta dependerá de la naturaleza jurídica de ambas y de la posibilidad de aplicación del Código de Comercio en el caso concreto.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la siguiente dirección: www.superservicios.gov.co/basedoc/. Ahí encontrará normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios y en particular los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,



MARINA MONTES ALVAREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Andrés David Ospina Riaño – Abogado Contratista Oficina Jurídica

Revisó: Olga Emilia De La Hoz Valle – Coordinadora del Grupo de Conceptos Oficina Asesora Jurídica SSPD 