



SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

CONCEPTO 370 DE 2021

(mayo 26)

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Ref. Solicitud de concepto^[1]

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1369 de 2020^[2], la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superservicios es competente para "...absolver las consultas jurídicas externas relativas al régimen de los servicios públicos domiciliarios".

ALCANCE DEL CONCEPTO

Se precisa que la respuesta contenida en este documento corresponde a una interpretación jurídica general de la normativa que conforma el régimen de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual los criterios aquí expuestos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, tal como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011^[3], sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015^[4].

Por otra parte, la Superservicios no puede exigir que los actos o contratos de un prestador de servicios públicos domiciliarios se sometan a su aprobación previa, ya que de hacerlo incurriría en una extralimitación de funciones, así lo establece el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

CONSULTA

A continuación, se transcribe las consultas elevadas:

"1. Puede una Entidad Territorial Indígena, conformada y en funcionamiento con base en lo dispuesto en el Decreto 1953 de 2014, crear una Empresa de Servicios Públicos Oficial o Mixta, con base en las definiciones que se dan en los numerales 14.5 y 14.6 de la Ley 142 de 1994.

2. En caso de que la respuesta sea negativa, por qué las Entidades Territoriales Indígenas no tendrían la capacidad de crearlas si son concebidas como entidades territoriales a la luz del artículo 286 y subsiguientes de la Constitución Política.

3. En caso de que sea positiva, qué proceso se debe seguir para la constitución de una Empresa de Servicios Públicos Oficial o Mixta, qué disposiciones o requisitos especiales existen para la creación y funcionamiento de dicha empresa y qué régimen tarifario aplicaría para la comercialización de agua en bloque para zonas rurales aledañas al territorio indígena.”

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley 142 de 1994^[6]

Resolución CRA 759 de 2016^[6]

Concepto unificado 35 de 2017 actualizado 29 de enero de 2020

Concepto SSPD-OJ-2020-950

Concepto SSPD-OJ-2019-308

CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a la consulta es preciso referirse a los siguientes ejes temáticos: i) libertad de entrada, ii) constitución de empresas de servicios públicos y iii) suministro de agua en bloque.

i) Libertad de entrada.

A partir de la expedición de la Constitución de 1991, los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por los particulares o por las comunidades organizadas (artículo 365 constitucional), pues se previó que la participación en la prestación de dichos servicios se basaría en los principios de libre ejercicio de la actividad económica y de iniciativa privada dentro de los límites del bien común, objetivos que además están en consonancia con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución Política, asegurando así la libertad de empresa, libertad de entrada y la libre competencia económica de todos los intervinientes en la prestación de dichos servicios.

En efecto, el artículo 333 de la Constitución Política dispone:

“ARTICULO 333 La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (Negrillas propias)

En aplicación de estos principios constitucionales, el régimen de los servicios públicos establecido en la Ley 142 de 1994 reconoce en el artículo 10 la libertad de empresa en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 10. LIBERTAD DE EMPRESA. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.”

Siguiendo en la misma línea, es pertinente citar el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, el cual señala que, si las empresas de servicios públicos están correctamente constituidas y organizadas no necesitan ninguna clase de autorización para su funcionamiento, sin embargo, deben obtener los permisos, las concesiones y/o licencias necesarias según las actividades que desarrollen:

“ARTÍCULO 22. RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO. Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades.”

Así las cosas, es dable colegir que las entidades territoriales indígenas tienen la plena potestad de organizarse para crear una empresa de servicios públicos domiciliarios, sin perder de vista lo establecido en la constitución y en la ley, sobre la creación, funcionamiento, deberes y obligaciones a cargo de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

ii) Constitución de empresas de servicios públicos mixta y privada.

Para definir si una empresa de servicios es pública o mixta dependerá del porcentaje de aportes tal como lo establece los numerales 5 y 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994:

“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%.”

Por lo anterior, vale la pena reiterar que el carácter de oficial o mixta de una empresa de servicios públicos estará dado en función del porcentaje de aportes de capital público. Así mismo, se precisa que no todas las empresas de servicios públicos domiciliarios que tengan participación pública son mixtas pues solo tendrán esa denominación las que tengan un porcentaje igual o mayor a la mitad de todo el capital que las compone.

Adicionalmente, es preciso referirse al artículo 15 de la Ley 142 de 1994, el cual establece las personas que están habilitadas para prestar los servicios públicos domiciliarios:

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

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de 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.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del artículo 17". (Subrayado fuera del texto)

Así las cosas, es oportuno indicar que, según la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos es una de las tipologías de prestadores habilitados para suministrar los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible en todo el territorio nacional.

Siguiendo con la misma línea, es preciso traer a colación el Concepto Unificado 35 de 2017 actualizado el 29 de enero de 2020, el cual señala los artículos de la Ley 142 de 1994 que desarrollan el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios:

"En la misma línea, los artículos 17 al 26 establecen el régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios. Dichas normas incluyen aspectos relacionados con la naturaleza, el objeto, el régimen jurídico y de funcionamiento y el régimen tributario de las personas prestadoras de dichos servicios. También incluyen otros aspectos relevantes como la administración, el ámbito territorial de operación, las concesiones, permisos ambientales, sanitarios y municipales que se requieren para prestar servicios públicos domiciliarios o cualquier actividad complementaria de éstos."

En esta misma línea, también vale resaltar el artículo 27 de la Ley 142 de 1994 donde se establecen una serie de reglas que deben cumplir las entidades públicas que hagan parte de una empresa de servicios públicos domiciliarios:

"ARTÍCULO 27. REGLAS ESPECIALES SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE ENTIDADES PUBLICAS. La Nación, las entidades territoriales, y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, están sometidas a las siguientes reglas especiales:

27.1. No podrán otorgar ni recibir de las empresas privilegio o subsidio distinto de los que en esta Ley se precisan.

27.2. Podrán enajenar sus aportes, para lo cual se tendrán en cuenta sistemas que garanticen una adecuada publicidad y la democratización de la propiedad de conformidad con esta Ley y en desarrollo del precepto contenido en el artículo 60 de la Constitución Política.

27.3. Deberán exigir a las empresas de servicios públicos, una administración profesional, ajena a intereses partidistas, que tenga en cuenta las necesidades de desarrollo del servicio en el mediano y largo plazo. Al mismo tiempo es derecho suyo fijar los criterios de administración y de eficiencia específicos que deben buscar en tales empresas las personas que representen sus derechos en ellas, en concordancia con los criterios generales que fijen las comisiones de regulación.

Para estos efectos, las entidades podrán celebrar contratos de fiducia o mandato para la administración profesional de sus acciones en las empresas de servicios públicos, con las personas que hagan las ofertas más convenientes, previa invitación pública.

27.4. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. A tales bienes, y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General de la República, y de las contralorías

departamentales y municipales, ~~mientras las empresas no hagan uso de la autorización que se concede en el inciso siguiente.~~

El control podrá ser realizado por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado o del Tribunal Administrativo competente, según se trate de acciones o aportes nacionales o de las entidades territoriales.

27.5 Las autoridades de las entidades territoriales, sin perjuicio de las competencias asignadas por la Ley, garantizarán a las empresas oficiales de servicios públicos, el ejercicio de su autonomía administrativa y la continuidad en la gestión gerencial que demuestre eficacia y eficiencia. No podrán anteponer a tal continuidad gerencial, intereses ajenos a los de la buena prestación del servicio.

27.6. Los miembros de las juntas directivas de las empresas oficiales de los servicios públicos domiciliarios serán escogidos por el presidente, el gobernador o el alcalde, según se trate de empresas nacionales, departamentales o municipales de servicios públicos domiciliarios. En el caso de las Juntas Directivas de las Empresas oficiales de los Servicios Públicos Domiciliarios del orden municipal, estos serán designados así: dos terceras partes serán designados libremente por el alcalde y la otra tercera parte escogida entre los Vocales de Control registrados por los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos domiciliarios.

27.7. Los aportes efectuados por la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, se regirán en un todo por las normas del derecho privado.”

Adicionalmente, es de señalar que el legislador tuvo en cuenta todas las entidades territoriales establecidas por la Constitución Nacional al momento de expedir el régimen de los servicios públicos domiciliarios, tal como lo establece el artículo 178 de la Ley 142 de 1994:

“ARTÍCULO 178. EXTENSIÓN A OTRAS ENTIDADES TERRITORIALES. Para los efectos de la presente Ley, siempre que se hable de municipios, y de sus autoridades, se entenderán incluidos también los distritos, los territorios indígenas que se constituyan como entidades territoriales, y el Departamento de San Andrés y Providencia; y aquellas autoridades cuyas que puedan asimilarse con más facilidad a las correspondientes autoridades municipales.”

Así las cosas, es dable colegir que, las entidades territoriales tienen los mismos derechos y deben cumplir las mismas obligaciones que los municipios, tal como lo establece la Ley 142 de 1994.

iii) Suministro de agua en bloque.

En lo referente a la comercialización de agua en bloque, es preciso traer a colación el numeral 50 del artículo 2.3.1.1.1 del Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015, el cual establece la definición de la mencionada figura, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 2.3.1.1.1. Definiciones. Para efecto de lo dispuesto en el presente decreto, Adóptense las siguientes definiciones:

50. Servicio de agua en bloque. Es el servicio que se presta por las personas prestadoras de servicios públicos de acueducto que distribuyen y/o comercializan agua a distintos tipos de usuarios.”

Teniendo en cuenta el aparte citado, es preciso resaltar lo indicado por esta Oficina en concepto SSPD-OJ-2020-950, el cual señala que la venta de agua en bloque no es una actividad sobre la cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tenga competencia. En dicho concepto se señaló lo siguiente:

“Para iniciar es necesario precisar que el contrato de suministro de agua potable, conocido como “venta de agua en bloque”, no es una actividad sobre la cual esta Superintendencia ejerza supervisión toda vez que se trata de un negocio jurídico que obedece a la autonomía de la voluntad de quienes lo celebran y, al tenor de lo previsto en el parágrafo del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, la Superintendencia no está facultada para someter a su aprobación actos o contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.”

De igual manera, esta Oficina en concepto SSPD-OJ-2019-308 indicó que la venta de agua en bloque es un contrato comercial que no corresponde a un contrato de servicios públicos, de la siguiente manera:

“el contrato de venta de agua en bloque es un contrato comercial que no corresponde como tal a un contrato de servicios públicos, en los términos del artículo 128 de la ley 142 de 1994. En esa medida, los contratos de venta de agua en bloque surgen como consecuencia de actuaciones exclusivas de la órbita privada de las empresas prestadoras, que no reflejan ninguna relación entre las empresas y los suscriptores o usuarios”

Ahora, como quiera que el suministro de agua en bloque versa sobre agua potable, vale la pena traer a colación el artículo 9 de la Resolución CRA 759 de 2016, emitida por la Comisión de Regulación Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, el cual establece los costos máximos para el suministro de agua potable:

“ARTÍCULO 9o. COSTOS MÁXIMOS PARA EL SUMINISTRO DE AGUA POTABLE. El costo máximo para el suministro de agua potable, corresponde al costo (en \$/m³) del subsistema de suministro del proveedor.

El proveedor deberá establecer sus costos para la infraestructura del subsistema de suministro involucrada en el suministro de agua potable, de conformidad con lo establecido en la metodología tarifaria que se encuentre vigente, en el estudio de costos aplicado por el proveedor, y considerando los siguientes aspectos:

1. La determinación de los costos incluirá un estudio detallado de los costos de operación, inversión y tasas ambientales en los que habría de incurrir el proveedor, asociados exclusivamente a la infraestructura utilizada de las actividades de captación, aducción, almacenamiento y tratamiento de agua, necesarias para el suministro de agua potable.

2. El costo máximo será igual a un costo medio de largo plazo que se calcule a partir de la sumatoria de los costos medios de operación, inversión y tasas ambientales, de la infraestructura asociada al contrato de suministro de agua potable, obtenidos con base en los costos de prestación del proveedor, definidos en su estudio de costos, a partir de la metodología general tarifaria vigente y considerando la siguiente fórmula:

$$CS_{S,ac} = CMO_{S,ac} + CMI_{S,ac} + CMT_{S,ac}$$

Donde:

$CS_{S,ac}$: Costo hasta el subsistema de suministro de agua potable (pesos de diciembre del año base/m³) del sistema de acueducto.

$CMO_{S,ac}$: Costo medio de operación hasta el subsistema de suministro de agua potable (pesos de diciembre del año base/m³) del sistema de acueducto.

$CMI_{S,ac}$: Costo medio de inversión hasta el subsistema de suministro de agua potable (pesos de diciembre del año base/m³) del sistema de acueducto.

$CMT_{S,ac}$: Costo medio generado de tasas ambientales hasta el subsistema de suministro de agua potable (pesos de diciembre del año base/m³) del sistema de acueducto.

Adicionalmente, se deberán tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- **Costo medio de operación.** El costo máximo corresponderá a la suma del costo medio de operación de la infraestructura del subsistema de suministro del proveedor, que haga parte del contrato de suministro de agua potable, considerando los siguientes criterios:

- Se considerarán como máximo, los costos de operación asociados a la infraestructura del subsistema de suministro, involucrada en el contrato de suministro de agua potable, con base en las disposiciones que al respecto se definan en la metodología general tarifaria que establezca la comisión.
- Para efectos de cálculo del costo medio de operación de la infraestructura del subsistema de suministro, el proveedor podrá efectuar una estimación detallada de los costos de operación para la infraestructura de dicho subsistema, involucrada en el contrato de suministro de agua potable, con base en los costos definidos en su estudio de costos vigente.

Para esto, se podrá considerar un porcentaje de los costos totales de operación del sistema de acueducto del proveedor, definidos en su estudio de costos vigente, asociado a la infraestructura del subsistema de suministro, involucrada en el contrato de suministro de agua potable. Dicho porcentaje podrá corresponder, como máximo, al resultante de la siguiente expresión:

$$F_{SAB}(\%) = \left[\frac{BCR_{0,S}}{BCR_{0,ac}} \right]$$

Donde,

- $F_{SAB}(\%)$ = Proporción de costos de operación del sistema de acueducto del proveedor, asociados al contrato de suministro de agua potable.
- $BCR_{0,S}$ = Base de Capital Regulada del año base incluida en el estudio de costos vigente, asociada a la infraestructura del subsistema de suministro del proveedor, que hace parte del contrato de suministro de agua potable.
- $BCR_{0,ac}$ = Base de Capital Regulada del año base del sistema de acueducto del proveedor incluida en el estudio de costos vigente.

- Se considerará el volumen de suministro de agua, como la demanda del sistema de acueducto del proveedor más la demanda de los contratos de suministro de agua potable vigentes y la del potencial beneficiario.

- No se considerarán niveles de pérdidas en el subsistema de suministro.

- **Costo medio de inversión.** El costo máximo corresponderá a la suma de los costos medios de inversión de la infraestructura del subsistema de suministro del proveedor, que haga parte del contrato de suministro de agua potable, que se calculen considerando los siguientes criterios:

- Se considerarán los costos de inversión del sistema de acueducto del proveedor, definidos en su estudio de costos vigente, asociados a la infraestructura del subsistema de suministro, que hace parte del contrato de suministro de agua potable.

- Se utilizará, como máximo, la tasa de descuento definida en el estudio de costos vigente del proveedor.

- No se considerarán niveles de pérdidas en el subsistema de suministro.

- **Costo medio de tasas ambientales.** El costo de tasas ambientales se incluirá de acuerdo con la normatividad vigente y estructura tarifaria adoptada por el prestador. El costo a incluir corresponderá a la tasa por uso del agua en \$/m³, establecida por la autoridad ambiental al proveedor.”

Así las cosas, es preciso indicar que, aunque el contrato de suministro de agua potable no es una actividad sobre la cual esta Superintendencia ejerza sus funciones de inspección, vigilancia y control, la CRA establece una serie de medias que regulan la transacción de dicho contrato.

CONCLUSIÓN

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

- En virtud de los principios constitucionales del libre ejercicio de la actividad económica e iniciativa privada y lo previsto en los artículos 10 y 22 de la Ley 142 de 1994, todas las personas tienen la posibilidad de ofrecer la prestación de los servicios públicos domiciliarios y, para el efecto, se deberán organizar en alguna de las formas previstas en el artículo 15 ibidem. Aunado a lo anterior es preciso anotar que, las empresas de servicios públicos domiciliarios -como una de las tipologías habilitadas por la ley- que se encuentren debidamente constituidas y registradas no necesitan ninguna clase de autorización para llevar a cabo sus funciones; sin embargo, deberán obtener los permisos, concesiones y/o licencias requeridas para su operación.

- El artículo 178 de la Ley 142 de 1994 extiende a otras entidades territoriales, tales como los territorios indígenas constituidos como entidades territoriales, la aplicación de la mencionada Ley. Así las cosas, un territorio indígena podrá constituir una empresa de servicios públicos que -sin excepción- deberá observar lo establecido por la Ley 142 de 1994, en la cual se indican aspectos fundamentales tales como: su naturaleza, los regímenes jurídico, tributario y laboral aplicables, sus obligaciones ambientales y demás disposiciones para su correcto funcionamiento. De igual manera, determina las reglas para la capitalización de estas, por parte de entidades públicas.

- En lo que tiene que ver con el contrato de suministro de agua potable, conocido como “suministro de agua en bloque” es preciso indicar que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no tiene la facultad de ejercer inspección, vigilancia y control debido a que es un negocio jurídico al arbitrio de la voluntad de las partes, sin embargo, es pertinente señalar que la CRA mediante la Resolución 759 de 2016 regula aspectos como los costos máximos para el suministro de agua potable que deben ser definidos a partir de la metodología general tarifaria vigente para cada prestador.

Finalmente, le informamos 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/consulta-normativa> donde encontrará la normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,

ANA KARINA MÉNDEZ FENÁNDEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PAGINA>.

1. Radicado: 20215290591432

TEMA: ENTIDADES TERRITORIALES INDÍGENAS. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. SUMINISTRO DE AGUA EN BLOQUE. Subtema: Régimen aplicable

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.”

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

6. "Por la cual se establecen los requisitos generales aplicables a los contratos que suscriban los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado, para el uso e interconexión de redes y para los contratos de suministro de agua potable e interconexión; se señala la metodología para determinar la remuneración y/o peaje correspondiente y se establecen las reglas para la imposición de servidumbres de interconexión"

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.