

CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIAS – Entre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSPD) y la Superintendencia de Sociedades / SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen fundamentado en la libre competencia / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Características

[L]a expedición de la Constitución Política de 1991 trajo consigo un cambio fundamental en materia de servicios públicos. Así, se pasó de un régimen sustentado en la noción clásica de servicio público, a una nueva concepción fundamentada en la libre competencia, aunque sometido a la intervención y regulación del Estado (...) los servicios públicos, y especialmente, los servicios públicos domiciliarios, constituyen una actividad económica inherente a los fines del Estado. Estos servicios se caracterizan, además, por: i) estar sometidos a un régimen liberalizado, que permite la participación de los particulares; ii) tener como uno de sus principios fundamentales la protección de los usuarios; e iii) imponer al Estado el deber de garantizar su prestación efectiva, permanente y de calidad. Aspectos todos estos que justifican la intervención estatal

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 1

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la justificación de la intervención estatal en los temas relacionados con los servicios públicos ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Radicación número: 11001-03-26-000-1999-06722-01(16722)

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS – Autoridad responsable / COMISIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS – Facultad de regulación / POTESTAD REGLAMENTARIA EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS – A cargo del Presidente de la República / FUNCIÓN DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS – Función del ejecutivo

[C]orresponde al legislador la determinación del régimen jurídico de los servicios, potestad que tiene como propósito asegurar que la normativa que los regula sea fruto de un proceso de deliberación pluralista, público y participativo. Todo lo anterior, sin perjuicio de las facultades de regulación de las Comisiones de Servicios Públicos Domiciliarios y de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Por su parte, el constituyente radicó en cabeza del ejecutivo, además de la referida potestad reglamentaria, las funciones de inspección, vigilancia y control de los servicios públicos, las cuales tienen gran trascendencia, pues constituyen uno de los mecanismos para asegurar su prestación

ENERGÍA ELÉCTRICA – Definición / SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA – Actividades complementarias / ACTIVIDAD DE GENERACIÓN – Finalidad / GENERADOR ENERGÍA/

El servicio público de energía eléctrica fue definido expresamente en el numeral 25 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 (...) [E]l señalado servicio consiste en el transporte de energía eléctrica, incluyéndose dentro de dicho concepto lo relativo a su conexión y medición (...) [P]or mandato expreso del legislador, son actividades complementarias de dicho servicio y, por tanto, actividades del sector, las relativas a la generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión de energía. (...) [D]e acuerdo con el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctrica (RETIE) la actividad de generación consiste en el «proceso mediante el cual se obtiene energía eléctrica a partir de alguna otra forma de energía». Vale la pena señalar, que el mismo reglamento define al generador de

energía como la «persona natural o jurídica que produce energía eléctrica, que tiene por lo menos una central o unidad generadora. También significa equipo de generación de energía eléctrica incluyendo los grupos electrógenos». Vale la pena señalar, que el mismo reglamento define al generador de energía como la «persona natural o jurídica que produce energía eléctrica, que tiene por lo menos una central o unidad generadora. También significa equipo de generación de energía eléctrica incluyendo los grupos electrógenos»

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 14 NUMERAL 25

SUPERINTENDENCIAS – Función de supervisión / FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN DE LAS SUPERINTENDENCIAS - Propósito

A través de las distintas superintendencias, el Presidente de la República ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control en materia de educación, servicios públicos, las actividades financieras, bursátil, aseguradora, y de manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, las entidades cooperativas, las sociedades mercantiles y las instituciones de utilidad común. La función de supervisión de las superintendencias tiene como propósito asegurar el cumplimiento de las normas que regulan la actividad sobre la que se ejerce la supervisión, proteger el sector económico o social que controla, y promover su desarrollo y estabilidad. Igualmente, las potestades de inspección, vigilancia y control tienen una función preventiva y deben ejercerse tomando en cuenta, no la realidad formal, sino material

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 / LEY 222 DE 1995

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la intervención del Estado en el mercado de los servicios públicos ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009. Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2006. Radicación número: 54001-23-31-000-2002-01944-01(AP)

FUNCIONES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES – Propósito

Tanto la regulación, como las facultades de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades tienen como propósito proteger los múltiples intereses que subsisten dentro de una sociedad comercial. Así, por un lado, se encuentran los intereses patrimoniales de la sociedad, los cuales deben ser protegidos de los abusos o actividades irregulares de los administradores o los órganos sociales. Por otro lado, existen también los intereses de los socios, los cuales pueden ser divergentes entre ellos mismos, o diferir con los de la propia sociedad. Igualmente, aparecen los intereses de los terceros que tienen relaciones con la persona jurídica, tal como ocurre, por ejemplo, con los acreedores. Adicionalmente, la función de supervisión de la Superintendencia de Sociedades encuentra justificación en el interés general de la economía nacional, debido al impacto que tienen sobre ellas las sociedades comerciales. Finalmente, las facultades de supervisión de la Superintendencia de Sociedades tienen como objetivo lograr una cumplida ejecución de las normas que gobiernan la formación, funcionamiento y objeto social de las sociedades mercantiles, no supervisadas por otras superintendencias. Ahora bien, las competencias de la Superintendencia de Sociedades en materia de inspección, control y vigilancia se encuentran establecidas en la Ley 222 de 1995

FUENTE FORMAL: LEY 222 DE 1995 – ARTÍCULO 82 / DECRETO 410 DE 1971 / DECRETO 2155 DE 1992 / DECRETO 1080 DE 1996 / DECRETO LEY 3163 – ARTÍCULO 1 / LEY 58 DE 1931

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES – Competencia residual / COMPETENCIA RESIDUAL – Finalidad / SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Asimismo, el artículo 85 de la Ley 222 de 1995 determina el contenido de la facultad de *control* de la Superintendencia de Sociedades (...) Adicionalmente, el Decreto 1074 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo» en su artículo 2.2.2.1.1.1 y siguientes, establece los presupuestos que determinan la competencia de inspección, control y vigilancia por parte de la Superintendencia de Sociedades, en atención al monto de ingresos, activos o la existencia de pensionados a cargo de una sociedad (...) [P]ara la implementación de las facultades de inspección, vigilancia y control debe tomarse en consideración lo dispuesto por el artículo 228 de la Ley 222 de 1995, disposición que establece la denominada competencia residual de la Superintendencia de Sociedades (...) La competencia residual tiene como finalidad garantizar que ciertos aspectos subjetivos de la sociedad comercial no queden desprovistos de supervisión. Igualmente, busca evitar el ejercicio fraccionado o duplicado de las funciones, así como una vigilancia concurrente. (...) [L]a Superintendencia de Sociedades es competente para supervisar a las sociedades comerciales. Con todo, las demás superintendencias rempazan a la Superintendencia de Sociedades en el ejercicio de dicha función, cuando la ley les haya asignado dicha competencia de manera expresa. En caso contrario, la Superintendencia de Sociedades mantiene su competencia. En otras palabras, la Superintendencia de Sociedades ejerce un control de vigilancia subjetivo por cuanto se ejerce sobre el sujeto, es decir, la persona jurídica. Sin embargo, su competencia es *residual* en la medida en que opera bajo la condición de que las facultades asignadas a ella, no hayan sido expresamente otorgadas a otra Superintendencia

FUENTE FORMAL: LEY 222 DE 1995 – ARTÍCULO 228 / DECRETO 1074 DE 2015

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las facultades de la superintendencia de sociedades ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00936-01(22984). Véase igualmente Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Radicación número: 11001-03-24-000-2014-00394-00

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS – Funciones

Las Leyes 142 y 143 de 1994 consagran las funciones de inspección, vigilancia y control de la SSPD (...) Las facultades de inspección, vigilancia y control que ejerce la SSPD constituyen una de las formas como el Estado interviene en los servicios públicos. Estas facultades de supervisión tienen, entre otros, los siguientes propósitos: i) garantizar la calidad del servicio público, ii) promover la ampliación de la cobertura, iii) asegurar la prestación continua e ininterrumpida del servicio, iv) incentivar la libre competencia, v) evitar el abuso de la posición dominante, vi) garantizar a los usuarios el acceso a los servicios, e vii) impulsar la

participación de estos en la gestión y fiscalización de los servicios. (...) Las facultades de inspección, vigilancia y control de la SSPD, las cuales implican potestades de mando y corrección, son desarrolladas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994. (...) Frente a los sujetos sometidos a la inspección de la SSPD, el legislador estableció que esta se ejerce sobre las entidades prestadoras de servicios públicos. (...) [A]unque la SSPD puede ejercer las facultades de inspección, vigilancia y control de manera integral, es decir, tanto sobre el servicio público (supervisión objetiva), como sobre las personas prestadoras del servicio (supervisión subjetiva), esta facultad no es absoluta o automática. Lo anterior, teniendo en cuenta el principio de legalidad que guía la actividad de las autoridades públicas, así como la ya mencionada competencia residual de la Superintendencia de Sociedades, consagrada en el artículo 228 de la Ley 222 de 1995. Por lo tanto, de acuerdo con el citado artículo 228, la SSPD conocerá de los aspectos subjetivos de la empresa prestadora de servicios públicos respecto de los cuales el legislador le haya conferido expresamente la facultad

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 79 / LEY 142 DE 1994 / LEY 143 DE 1994 / LEY 222 DE 1995 – ARTÍCULO 228

NOTA DE RELATORÍA: En lo que respecta al alcance de las facultades de supervisión de la SSPD ver Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de noviembre de 2014. Radicado número: 11001-03-06-000-2014-00221-00(C)

SOCIEDAD HIDRUITANGO – Superintendencia competente para supervisarla

La SSPD considera que no es competente para supervisar a la sociedad Hidroituango, debido a que esta, en la actualidad, no presta efectivamente el servicio público de energía eléctrica. Esta postura no es de recibo para la Sala, pues las facultades de supervisión reconocidas a dicha entidad no se limitan o ejercen únicamente sobre las personas que efectivamente prestan un servicio público. Por el contrario, de acuerdo con la Ley 142 de 1994, la Superintendencia puede, adicionalmente, inspeccionar, vigilar y controlar a quienes: a) desarrollan una actividad complementaria o inherente al servicio público, o b) llevan a cabo alguna de las actividades reguladas por las Leyes 142 y 143 de 1994 (...) Por su parte, el artículo 77 de la Ley 142 de 1994, el cual fue modificado por el artículo 12 de la Ley 689 de 2001, establece como función del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios ejercer la inspección, vigilancia y control tanto de dichos servicios, como de sus actividades complementarias e inherentes (...) las actividades inherentes pueden definirse como aquellas que se encuentran intrínsecamente relacionadas con el servicio público, de tal manera que son necesarias para su prestación, o no pueden separarse de este. Finalmente, la tercera situación que permite la supervisión de la SSPD sobre personas que no prestan efectivamente un servicio público, es la ejecución de una actividad regulada por las Leyes 142 y 143 de 1994. Esta causal encuentra fundamento en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, el cual establece que están sujetas a la inspección, vigilancia y control de la SSPD, las personas que “realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994”

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 77 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 79 / LEY 143 DE 1994 / LEY 689 DE 2001 – ARTÍCULO 12

CONSTRUCCIÓN DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO JOSÉ TEJADA SÁENZ - Actividad inherente al servicio público de energía eléctrica / SOCIEDAD HIDROITUANDO - Sujeta a la inspección, vigilancia y control de la SSPD

[L]as actividades inherentes al servicio público pueden definirse como aquellas que se encuentran intrínsecamente relacionadas con el servicio público, de tal manera que son necesarias para su prestación, o no pueden separarse de este. Aplicada esta definición al caso objeto de estudio, la construcción de la Central Hidroeléctrica Pescadero-Ituango José Tejada Sáenz, sin duda alguna, constituye una actividad inherente al servicio público de energía eléctrica, pues a través de dicha construcción se hace posible la generación de energía, y de esta forma, la prestación del servicio. En otras palabras, sin la realización de dicha obra, no sería viable generar energía. Por lo tanto, si: i) la sociedad Hidroituango tiene como objeto social y adelanta actualmente, por medio de un tercero, la construcción de la Central Hidroeléctrica Pescadero-Ituango José Tejada Sáenz, ii) la realización de esta obra constituye una actividad inherente al servicio público de energía, y iii) el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios tiene competencia para supervisar las actividades inherentes de los servicios públicos, debe concluirse que la SSPD es competente para inspeccionar, vigilar y controlar a la referida sociedad. (...) El ejercicio de las potestades de inspección, vigilancia y control por parte de la SSPD durante la etapa de construcción de la hidroeléctrica permite verificar que dicha obra se realice de conformidad con las normas técnicas correspondientes, lográndose de esta manera prevenir o precaver la materialización de situaciones constructivas que, de ocurrir, afecten la prestación eficiente, continua, ininterrumpida y de calidad del servicio público. Una interpretación distinta impediría dicho control preventivo; y llevaría al absurdo, por ejemplo, de que la SSPD no pudiera intervenir durante la etapa de construcción, aun si tuviera conocimiento de presuntas infracciones a las normas técnicas o de graves situaciones que afecten la infraestructura en construcción. En este caso, la entidad tendría que esperar forzosamente a que finalizara la obra, con dichos errores, y se empezara a prestar efectivamente el servicio público. En suma, aunque en la actualidad la sociedad Hidroituango no presta efectivamente el servicio público de energía eléctrica, se encuentra en todo caso sujeta a la inspección, vigilancia y control de la SSPD. Lo anterior, teniendo en cuenta: i) lo dispuesto en los artículos 75, 77 y 79 de la Ley 142 de 1994 y ii) que la construcción de la Central Hidroeléctrica Pescadero-Ituango José Tejada Sáenz corresponde a una actividad regulada por las Leyes 142 y 143 de 1994, e inherente al servicio público de energía eléctrica

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 75 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 77 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 79 / LEY 142 DE 1994 / LEY 143 DE 1994

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Excluida del ámbito de aplicación de la ley 1116 de 2006 / EXCLUSIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 1116 DE 2006 – Justificación / PROCESO DE DISOLUCIÓN, MODIFICACIÓN O LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD HIDROITUANDO – Competencia para informar a la ANLA

La Ley 1116 de 2006 excluyó expresamente a las empresas de servicios públicos domiciliarios de su ámbito de aplicación (...) La exclusión de las empresas de servicios públicos del régimen de la Ley 1116 de 2006 tiene justificación en el

interés público que rodea a estas empresas, en virtud del cual, frente a una situación de insolvencia, debe prevalecer una actuación administrativa y no judicial (...) Al no estar las empresas de servicios públicos domiciliarios sujetas al régimen previsto en la Ley 1116 de 2006, no les resulta aplicable el procedimiento allí establecido para su reorganización y liquidación judicial (...) En línea con lo anterior, y en atención a que su inspección, vigilancia y control se encuentra en cabeza de la SSPD, el procedimiento para la recuperación de sus negocios (toma de posesión) y liquidación (forzosa) debe adelantarse ante dicha Superintendencia, siguiendo lo dispuesto en los artículos 121 y siguientes de la Ley 142 de 1994. ii) La Superintendencia de Sociedades no conoce, en principio, de la disolución y liquidación voluntaria de las empresas de servicios públicos domiciliarios. (...) iii) La SSPD sí conoce de dicha situación. Así, ante la disolución y liquidación de una empresa de servicios públicos domiciliarios, sus administradores deben dar aviso a esta entidad. Lo anterior, de conformidad con el numeral 13 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994 (...) Por lo tanto, cuando una empresa de servicios públicos domiciliarios se vea inmersa en una situación de disolución, debe informarlo a la SSPD. Igualmente, el artículo 61 de la Ley 142 de 1994 señala que cuando una empresa de servicios públicos entre en un proceso de liquidación, debe informar de dicha situación a la autoridad competente (...) iv) Dentro de este marco, al conocer la SSPD de la disolución y liquidación de las empresas de servicios públicos domiciliarios, es dable concluir que sea esta entidad la que deba informar a la ANLA del inicio de un proceso de disolución y liquidación de la sociedad Hidroituango, en caso de que este llegara a ocurrir. v) Ahora bien, en caso de tenga lugar la fusión o escisión de la sociedad Hidroituango, la competencia para autorizar dicha modificación e informar a la ANLA se encuentra radicada en cabeza de la Superintendencia de Sociedades. Lo anterior, teniendo en cuenta que: i) esta Superintendencia es la autoridad competente para autorizar las reformas estatutarias consistentes en la fusión y escisión de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, y ii) la competencia residual otorgada por el artículo 228 de la Ley 222 de 1995. vi) En lo que respecta a la transformación de la citada sociedad, la SSPD ha reconocido que ella debe ser informada.

FUENTE FORMAL: LEY 116 DE 2006 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 19 NUMERAL 13 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 61 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 121

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00092-00(C)

Actor: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Asunto: Superintendencia competente para supervisar a la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P.

Resuelve la Sala el conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSPD) y la Superintendencia de Sociedades, con el objeto de determinar la autoridad competente para dar cumplimiento a: i) lo solicitado por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, a través del oficio número 237 del 8 de febrero 2019 (radicado ante la Superintendencia de Sociedades el 11 de febrero de 2019 con el número 2019-01-028390), y ii) el auto número 00060 del 21 de enero de 2019 de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (en adelante ANLA).

I. ANTECEDENTES

Con base en la información relacionada por las entidades de la referencia, el presente conflicto se origina en los siguientes antecedentes:

1. Mediante el oficio número 237 del 8 de febrero 2019 (radicado ante la Superintendencia de Sociedades el 11 de febrero de 2019 con el número 2019-01-028390), el procurador delegado para asuntos ambientales de la Procuraduría General de la Nación solicitó a la Superintendencia de Sociedades lo siguiente:

[S]e requiere a la Superintendencia de Sociedades para que en los términos de la Ley 222 de 1995 y del Decreto 4350 de 2006, compilado en el Decreto 1074 de 2015, mediante acto administrativo y con carácter prioritario, someta a HIDROITUANGO a vigilancia y control, teniendo en cuenta que han suministrado información que presuntamente no se ajusta a la realidad, circunstancia que amerita el inicio inmediato de las correspondientes investigaciones administrativas, previa práctica de visitas que conduzcan a adoptar las medidas que permitan subsanar las presuntas irregularidades en que hayan podido incurrir en desarrollo de su objeto social; y, de ser necesario, se adopte alguna de las medidas de intervención y se designe un agente interventor para estos efectos (num. 1º art. 9º y art. 11 Decreto 4334 de 2008) (folio 16).

2. El 18 de febrero de 2019, la Superintendencia de Sociedades contestó al procurador delegado para asuntos ambientales que:

i) Entre los días 12 y 18 de junio de 2018, la Superintendencia de Sociedades realizó un seguimiento económico y financiero a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. (en adelante Hidroituango), en ejercicio de la facultad de vigilancia residual consagrada en el artículo 228 de la Ley 222 de 1995.

ii) En decisión del 11 de octubre de 2018, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al definir un conflicto de competencias entre la SSPD y la Superintendencia de Sociedades, señaló que la supervisión de las empresas de servicios públicos estaba a cargo de la primera. Por lo tanto, para la Superintendencia de Sociedades, a partir de dicha fecha la supervisión integral de Hidroituango corresponde de forma integral y exclusiva a la SSPD.

iii) Las medidas de intervención solicitadas y el Decreto 4344 de 2008 no resultaban aplicables en el presente caso, toda vez que no se evidenciaba que Hidroituango haya desarrollado o participado en actividades financieras sin la debida autorización estatal, o realizado captaciones o recaudos no autorizados.

iv) Finalmente, la Superintendencia de Sociedades informó a la Procuraduría que remitiría a la SSPD, para lo de su competencia, una copia del informe de la visita realizada a Hidroituango en el año 2018 (folios 17 a 19).

3. A través del oficio número 300-015813 del 4 de marzo de 2019, la Superintendencia de Sociedades dio traslado a la SSPD del auto número 00060 del 21 de enero de 2019, emitido por la ANLA. Dicho traslado obedeció a la competencia integral que tiene la SSPD para supervisar a las empresas de servicios públicos domiciliarios (folio 32).

4. Posteriormente, por medio del oficio número 300-027163 del 3 de abril de 2019, el despacho del Superintendente Delegado para la Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades entregó a la SSPD copia de la decisión número 11001030600020180009800 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en respuesta a la solicitud realizada por la SSPD (folio 33).

En el mismo oficio, la Superintendencia de Sociedades señaló que el 13 de marzo de 2019 tuvo lugar una reunión entre el Superintendente de Sociedades y la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios. En esta reunión se planteó la posibilidad de que el Consejo de Estado definiera el conflicto de competencias que se presenta frente a Hidroituango.

5. La SSPD, a través del oficio número 20191000242511 del 17 de abril de 2019, manifestó a la Superintendencia de Sociedades que:

i) La decisión 11001030600020180009800 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, únicamente tiene efectos en el caso resuelto en dicha decisión.

ii) La SSPD no ejerce funciones de inspección, vigilancia y control sobre las empresas que desarrollan proyectos de construcción de infraestructura, así esta se encuentre destinada a la futura prestación de un servicio público domiciliario.

Para la SSPD, mientras no se desarrolle la prestación efectiva de un servicio público, no es posible ejercer funciones de inspección, vigilancia y control sobre un proyecto constructivo que busca la generación de energía, pero que en la práctica no genera todavía kilovatio alguno.

iii) Frente a los asuntos societarios de una empresa que no desarrolla actividades sujetas a un régimen especial de inspección, vigilancia y control, es la Superintendencia de Sociedades la llamada a ejercer la debida supervisión.

iv) La SSPD es competente para vigilar la eventual afectación financiera que pueda tener Empresas Públicas de Medellín E.S.P. – EPM -, como consecuencia del atraso o de la no entrada en funcionamiento del proyecto, en su condición de representante comercial y accionista del mismo (folios 34 a 37).

6. La Superintendencia de Sociedades elevó ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado un presunto conflicto negativo de competencias administrativas, entre la Superintendencia de Sociedades y la SSPD, con el

propósito de que se determine cuál es la entidad competente para ejercer la facultad de supervisión integral sobre Hidroituango.

7. En los alegatos presentados a la Sala, la SSPD solicitó convocar a una audiencia pública, con el propósito de que las partes pudieran exponer sus argumentos.

Igualmente, la referida entidad pidió el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, por el término de cinco (5) días se fijó edicto en la secretaría de esta Sala, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto.

Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

Consta también que se informó sobre el conflicto planteado a: i) la Superintendencia de Sociedades, ii) la SSPD, iii) la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, iv) la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., v) Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (EPM), vi) la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y vii) la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG.

Asimismo, el día 16 de julio de 2019, en la Sala de audiencias número 1 del Consejo de Estado, se realizó una audiencia pública con las entidades anteriormente señaladas.

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. Consideraciones de la Superintendencia de Sociedades

En el escrito a través del cual se solicitó a la Sala dirimir el conflicto de competencias, la Superintendencia señaló:

1) La Superintendencia de Sociedades ejerce la supervisión subjetiva de las sociedades. Lo anterior, con fundamento en los artículos 83, 84 y 85 del Código de Comercio.

Adicionalmente, tiene competencia residual (meramente subjetiva) respecto de las sociedades comerciales vigiladas objetivamente por otra superintendencia (vigilancia sobre la actividad), cuando quiera que las facultades de vigilancia propias de la Superintendencia de Sociedades no le estén expresamente asignadas a aquella.

2) Por su parte, la SSPD tiene una competencia integral (es decir, tanto objetiva, como subjetiva) sobre las empresas de servicios públicos.

3) Hidroituango es una empresa prestadora de servicios públicos, tal como se desprende de su objeto social.

4) La vigilancia de la actividad del servicio público de energía no se reduce simplemente a su comercialización, sino que resulta crítica la vigilancia de la fase pre-operativa del proyecto, supervisión que involucra las competencias objetivas de la SSPD. Por lo tanto, la competencia de la SSPD incluye la supervisión de las obras de infraestructura requeridas para la prestación del servicio.

Por su parte, durante la audiencia pública celebrada la entidad indicó:

1) La Superintendencia de Sociedades ejerce una vigilancia subjetiva sobre las sociedades, es decir, sobre el ente societario. Asimismo, conserva facultades específicas en materia de conglomerados y cumplimiento cambiario.

2) Desde el punto de vista legislativo como jurisprudencial, existe una clara tendencia hacia la figura de la integralidad en materia del ejercicio de las facultades de supervisión por la Rama Ejecutiva.

3) Hidroituango, como uno de los proyectos más importantes del país, debe tener una supervisión integral especializada a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

4) El Consejo de Estado, al estudiar la competencia de las superintendencias para el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control, ha centrado su análisis en el objeto social. Es decir, ha considerado si existe un objeto social relacionado con la actividad vigilada por la respectiva superintendencia.

5) Es lo establecido en el objeto social de la sociedad lo que determina finalmente quien ejerce su supervisión, y no la efectiva prestación del servicio público.

6) El orden público, la protección ambiental y la continuidad del servicio requieren de la vigilancia de la actividad de generación, actividad que se encuentra íntimamente ligada con la construcción de las obras necesarias para adelantar dicha actividad. Ahora bien, como estas últimas no pueden ser objeto de revisión *ex post*, sino *ex ante*, la supervisión debe ejercerse desde la etapa pre operativa.

7) El artículo 79 de la Ley 142 establece que la SSPD debe verificar que las obras, equipos y procedimientos de las empresas prestadoras de servicios públicos cumplan con los requisitos técnicos que hayan señalado los ministerios. Por lo tanto, esta entidad debe revisar las obras de infraestructura, lo cual debe hacerse desde el principio, pues no es eficiente supervisar la infraestructura después de que esta se ha construido.

8) Las Leyes 142 y 143 de 1994 se pueden interpretar de forma literal en lo que se refiere al verbo «prestar» Es la vocación de una sociedad para prestar el servicio, lo que la hace objeto de vigilancia.

9) La Ley 1116 de 2006 establece en su artículo 3º que las empresas de servicios públicos domiciliarios no están sujetas al régimen de insolvencia previsto en dicha ley. Por lo tanto, aunque al momento de su liquidación una empresa de servicios públicos no esté prestando el servicio, la Superintendencia de Sociedades no la puede liquidar.

10) La inscripción en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos (RUPS) es un simple trámite administrativo de naturaleza declarativa.

11) Las empresas de servicios públicos no son solamente las que están registradas en el RUPS. Tiene dicha calidad las que tienen como objeto social la

prestación de servicios públicos. Así, el artículo 17 señala que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos. De allí que lo determinante es el objeto y la vocación para prestar el servicio.

12) Las empresas de servicios públicos tienen un régimen jurídico especial desde que nacen. No lo tienen desde que se registran en el RUPS, o desde que prestan el servicio.

13) En cumplimiento de las resoluciones número 071 de 2006 y 031 de 2007, el día 13 de junio de 2008 se adelantó el proceso de asignación de las obligaciones de energía en firme, para el periodo comprendido entre el 1° de diciembre de 2018 y el 30 de diciembre 2038. Las resoluciones de la CREG establecen como condición para participar en la subasta, el que se tenga la calidad de agente generador, lo cual requiere haberse constituido como empresa de servicios públicos. En el señalado proceso, le fue asignado a la sociedad Hidroituango el cargo de confiabilidad, como contraprestación por el cumplimiento de las obligaciones de energía en firme.

14) Las sociedades no se pueden desprender de su objeto social, el cual ejecutan directamente o a través de terceros. A pesar del contrato celebrado por EPM con la sociedad Hidroituango, esta última sigue siendo responsable del proyecto.

2. Consideraciones de la SSPD

La SSPD señaló en escrito presentado a la Sala que no era competente, habida cuenta que el asunto desbordaba su órbita de competencia, establecida en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994. En esta dirección, señaló en su escrito de alegatos:

1) De los artículos 370 de la Constitución Nacional y 1°, 3°, 75 y 79 de la Ley 142 de 1994 se desprende que la competencia de inspección, vigilancia y control de la SSPD solamente puede ejercerse sobre personas que efectivamente se encuentren prestando un servicio público.

El control, inspección y vigilancia delegado a la SSPD no abarca aquellas empresas, sociedades u organizaciones que se creen con el objetivo futuro de prestar servicios públicos domiciliarios, o desarrollar actividades complementarias a estos.

2) El servicio público de energía eléctrica se define por el numeral 25 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, así:

[E]l transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.

De esta suerte, el transporte de energía eléctrica y sus actividades complementarias de generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión son las únicas actividades que en materia de energía eléctrica pueden ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la SSPD.

En el mismo sentido, la SSPD no tiene función alguna respecto de los proyectos de construcción de infraestructura para la generación de energía eléctrica (ni en

general, respecto de los relativos a otros servicios públicos domiciliarios), precisamente porque para ese momento - construcción del proyecto – la persona jurídica no presta efectivamente un servicio público domiciliario, y porque las normas que regulan la construcción y desarrollo de estos, no hacen parte del marco normativo de los servicios públicos domiciliarios.

En el objeto social de la sociedad Hidroituango aparece que la sociedad tiene la clara e inequívoca vocación de comercializar energía eléctrica, a partir de la promoción, diseño, construcción, operación y mantenimiento de la Central Hidroeléctrica Pescadero-Ituango José Tejada Sáenz.

Sin embargo, como se indicó, es condición imprescindible para que se active la competencia de la SSPD, la prestación efectiva de un servicio público o la realización de alguna de las actividades reguladas por las Leyes 142 y 143 de 1994. No basta la mera expectativa o vocación que se encuentra plasmada en el objeto social, así como tampoco resultan relevantes las consideraciones en cuanto a la magnitud del proyecto, ni a los supuestos impactos del mismo.

De otra parte, el artículo 11 de la Ley 142 de 1994 impone una obligación de información de inicio de actividades a los prestadores de servicios públicos domiciliarios:

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.

En virtud de esta norma, el legislador condicionó el ejercicio de las funciones de la SSPD al inicio de actividades.

A la fecha, la sociedad Hidroituango: i) no ha prestado ningún servicio público domiciliario, pues apenas se está construyendo el proyecto Hidroituango, ii) no ha desarrollado ninguna de las actividades complementarias señaladas en las Leyes 142 y 143 de 1994, iii) no ha comunicado a la Superintendencia de Sociedades el inicio de actividades, pues es un hecho cierto y notorio que hasta ahora desarrolla actividades de construcción, iv) no ha cargado información al Sistema Único de Información (SIU) que administra la SSPD, y v) no ha sido sujeto pasivo del pago de la contribución especial de que trata el artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

3) Los casos en los cuales la Sala de Consulta y Servicio Civil se ha pronunciado sobre la competencia integral de la SSPD han involucrado empresas que efectivamente están prestando un servicio público (decisiones del 8 de julio de 2010 y 5 de septiembre de 2018).

4) La SSPD solicita: a) el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, b) que se resuelva que la entidad competente para ejercer la vigilancia integral sobre la sociedad Hidroituango es la Superintendencia de Sociedades, y c) subsidiariamente, si la Sala estima que la vigilancia integral corresponde a la SSPD, se ordene el acompañamiento permanente de la Superintendencia de Sociedades en los aspectos previstos en la ley mercantil, habida cuenta que la

estructura orgánica de la SSPD, dada por el Decreto 990 de 2002, tan solo contempla dos delegaturas técnicas: una para el sector de energía y gas y otra para el sector de acueducto, alcantarillado y aseo. Dicho acompañamiento será concreto y especializado, no genérico y abstracto.

Por su parte, durante la audiencia pública celebrada, la entidad reafirmó los argumentos anteriores al señalar:

1) En este momento, Hidroituango no es objeto de vigilancia y control por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos. Lo anterior, habida cuenta que la sociedad, a la fecha, no ha desarrollado ninguna actividad que le haga estar sometida a la inspección, vigilancia y control de la SSPD.

2) En el régimen de los servicios públicos domiciliarios impera el principio de la libertad de empresa, por lo que no hay requisitos de entrada y salida para los prestadores. Con todo, en el numeral 11.8 de la Ley 142 de 1994 está expreso que el prestador debe informar el inicio de sus actividades a la respectiva comisión de regulación y a la SSPD, con el propósito de que dichas autoridades puedan cumplir con sus funciones. Dicho registro es autodeclarativo.

3) El Consejo de Estado y la Corte Constitucional han acogido el criterio material de prestación efectiva como punto de partida para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control de la SSPD.

4) Si bien en el objeto de la sociedad está explícito en el nombre, el objeto de una sociedad puede llegar a no desarrollarse. El hecho de que el objeto se ejecute es lo que otorga competencia a la SSPD para ejercer labores de inspección, vigilancia y control. En otras palabras, el que una empresa tenga previsto dentro de su objeto social la prestación de un servicio público, no activa la competencia de la SSPD.

La SSPD no puede entrar a intervenir una empresa que no ha prestado el servicio público. Todas las causales de intervención establecidas en la ley hacen referencia a casos en los cuales se está afectando la prestación del servicio público domiciliario.

5) Los fallos invocados por la Superintendencia de Sociedades no son aplicables al caso concreto, porque se refieren a situaciones en que las entidades efectivamente estaban prestando el servicio público.

6) No es competencia de la SSPD supervisar la construcción de proyectos de infraestructura para la prestación de servicios públicos domiciliarios, cuando son desarrollados por entidades que no están prestando ningún servicio público.

7) El numeral 13 del artículo 79 de la Ley 142, relativo a la verificación de obras, equipos y procedimientos, aplica únicamente respecto de personas que estén prestando efectivamente el servicio público.

8) Quién tiene la obligación de responder por las obligaciones de energía en firme es EPM. La SSPD ha venido ejerciendo sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre dicha sociedad, la cual ha honrado dichas obligaciones.

3. Consideraciones de la sociedad Hidroituango

La sociedad Hidroituango señaló a la Sala lo siguiente:

1) La sociedad Hidroituango es una empresa de servicios públicos mixta. La participación mayoritaria la tiene el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA), establecimiento público del orden departamental. Asimismo, aproximadamente el 46% del capital social es propiedad de Empresas Públicas de Medellín (EPM). El porcentaje restante está en cabeza de accionistas minoritarios y del departamento de Antioquia.

2) La sociedad celebró un contrato BOOMT (Build, Operate, Own, Maintain and Transfer, por sus siglas en inglés) para la ejecución de todo el proyecto. Aunque inicialmente se había celebrado con una filial de EPM, denominada EPM Ituango S.A. E.S.P., hoy en día el contrato está a cargo de EPM.

3) A pesar de que la sociedad titular del proyecto hidroituango es la sociedad Hidroituango, quien está a cargo de su ejecución es EPM. En esta fase de construcción y pre operativa, la sociedad Hidroituango solamente vigila que la construcción del proyecto se realice de acuerdo con lo que está previsto en el contrato.

En este sentido, E.P.M. asumió toda la responsabilidad del proyecto. De allí que pueda decirse que la sociedad Hidroituango tercerizó el desarrollo de su objeto social.

4) En el 2008, a la sociedad Hidroituango se le asignaron obligaciones de energía en firme. Hoy en día, toda la gestión del mercado de energía se encuentra a cargo de E.P.M.

Finalmente, la obligación de la venta de energía no surgía para EPM, sino a partir de la puesta en operación de la unidad 4, que debía haber entrado en operación en noviembre del 2018.

4. Consideraciones de Empresas Públicas de Medellín (EPM)

En escrito allegado a la Sala, EPM indicó:

1) La Asamblea General de Accionistas de la sociedad Hidroituango, en sesión extraordinaria del 27 de octubre de 2010, aprobó escindir su patrimonio sin disolverse. De esta decisión, quedó la misma sociedad como escidente, y surgió una sociedad beneficiaria que se denominó EPM Ituango S.A. E.S.P.

2) El día 30 de marzo de 2011, la sociedad Hidroituango suscribió un contrato tipo BOOMT con E.P.M. Ituango E.S.P.

3) El 11 de enero de 2013, la Asamblea General de Accionistas de la sociedad Hidroituango aprobó que EPM Ituango S.A. E.S.P. cediera su posición contractual en el contrato BOOMT, a EPM.

4) EL 29 de noviembre de 2013, la Asamblea General de Accionistas de EPM Ituango S.A. aprobó la liquidación de la sociedad, ante la imposibilidad de ejecutar su objeto social exclusivo dirigido a la construcción del proyecto hidroeléctrico Ituango. Lo anterior, debido a la cesión el contrato BOOMT a EPM.

5) El requerimiento inicial del procurador delegado para asuntos ambientales y agrarios de la Procuraduría General de la Nación, de febrero de 2019 y dirigido a la Superintendencia de Sociedades, se fundó en aspectos propios de la sociedad Hidroituango y no del proyecto hidroeléctrico que se está construyendo.

6) Para EPM es claro que la supervisión de la SSPD se orienta a todos aquellos aspectos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que tienen que ver con su gestión financiera, técnica y administrativa, siempre con miras a garantizar la prestación continua, oportuna y eficiente de los servicios y la protección de los usuarios.

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades desempeña, frente a las empresas de servicios públicos domiciliarios, una función residual (artículo 228 de la Ley 222 de 1995), relacionada con los aspectos societarios de dichas empresas, siempre que se trate de funciones no atribuidas a la SSPD. Un ejemplo de lo anterior, es la autorización para la realización de operaciones de fusión y escisión.

Por su parte, durante la audiencia pública celebrada, la compañía indicó:

1) EPM es contratista del contrato BOOMT celebrado con la sociedad Hidroituango, que es la persona jurídica sobre la cual se está analizando la supervisión.

2) Hay organismos de control que supervisan a EPM. Actualmente, existe una constante interacción con la SSPD, que es nuestro controlante, nuestro supervisor natural.

3) Para EPM es claro, y entiende los argumentos de la Superintendencia de Sociedades, en el sentido de que si una empresa es prestadora de servicios públicos, debe tener una supervisión objetiva por parte de la SSPD. Lo anterior, sin embargo, no elimina la posibilidad de que haya una competencia residual por parte de la Superintendencia de Sociedades, para los casos específicos que no fueron asignados por la Ley 142 de 1994 a la SSPD.

4) Asimismo, la integralidad en la supervisión no excluye el control concurrente que pudiera existir con otros entes, como por ejemplo, la Superintendencia Financiera.

5. Consideraciones de la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios

En documento allegado a la Sala, el Ministerio Público señaló lo siguiente:

1) Las competencias de inspección, vigilancia y control se encuentran adecuadamente desarrolladas en diversos instrumentos legales, a partir de los cuales es posible un ejercicio eficiente y efectivo de la labor de supervisión, tal como lo exige un proyecto de grandes magnitudes como el que representa hidroituango.

2) Se observa un escenario indeseable, pues las entidades en conflicto consideran estar inhabilitadas para el ejercicio de sus funciones. Esta postura conlleva el desconocimiento de varias disposiciones constitucionales a cargo del Estado, como lo son, el aseguramiento y cumplimiento de los fines esenciales, la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución, la implementación de los principios que rigen la función administrativa, el artículo 365 de la Constitución que considera el servicio público como un actividad

inherente a la finalidad social del Estado, y el control y vigilancia de los servicios públicos.

3) La construcción del proyecto hidroeléctrico tiene importantes repercusiones de interés público, social y económico. Esta situación justifica que la sociedad Hidroituango, independientemente de los contratos que tenga suscritos con uno de los socios, esté sometida a la inspección, vigilancia y control estatal. Lo anterior, con el propósito de salvaguardar los derechos de la sociedad y el principio de legalidad. Igualmente, con el fin de poder investigar y establecer si la construcción del proyecto se ajustó a la ley y a las normas técnicas correspondientes.

4) Considera la Procuraduría que es necesario el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil respecto al tema de la prestación real, efectiva y material del servicio público como elemento fundamental para determinar la competencia de la SSPD, por cuanto no es posible sostener que sus funciones solo se activan cuando el elemento de la prestación efectiva se demuestre.

5) La eficacia y eficiencia del servicio no puede determinarse desde el momento de la prestación real y efectiva del mismo. Deben crearse controles anteriores por parte del órgano que tiene a su cargo la supervisión. Esto con miras a garantizar que los principios de eficiencia, calidad y eficacia del servicio se realicen. De allí que la actividad de vigilancia y supervisión se active con anterioridad a la prestación efectiva del servicio público.

Ahora bien, en el presente caso se presenta una supervisión concurrente entre la SSPD y la Superintendencia de Sociedades. Lo anterior, habida cuenta que:

[L]a Ley 142 de 1994, solo establece funciones de vigilancia y control a cargo de la superintendencia del sector servicios públicos domiciliarios, en tanto que la facultad de inspección por virtud de la Ley 222 de 1995, se encuentra asignada a la superintendencia de sociedades, en donde la actuación de esta última debe desarrollarse sobre los componentes allí previstos; y a la superintendencia de servicios públicos domiciliarios sobre las actividades que ejecuta, desarrolla o presta, incluso en fase de construcción [criterio objetivo]; ambos escenarios materia de supervisión si, lo que pretende el Estado es una supervisión integral, concepto que no debe mirarse desde el órgano que tendría a cargo esta: sino desde el conjunto de las actividades que, de acuerdo con el objeto social puede y actualmente está ejecutando HIDROITUANGO S.A. ESP, en donde la prestación futura del servicio, dependen justamente de la existencia de una infraestructura que como tal corresponde vigilar al ente con la especialidad para el efecto¹.

6) La señalada supervisión es independiente de la que se puede ejercer sobre cada uno de los socios que conforman la referida sociedad.

7) En suma, la sociedad Hidroituango se encuentra sometida desde el ámbito subjetivo a la Superintendencia de Sociedades, y desde el punto de vista objetivo, a la SSPD.

8) Es necesario que la Sala determine si el concepto de integralidad implica que la competencia residual del artículo 228 de la Ley 222 de 1995 no aplique en casos como el presente. Si se arriba a esta conclusión, la supervisión y control en el caso objeto de estudio correspondería a la SSPD.

Por su parte, durante la audiencia pública realizada, la Procuraduría señaló:

¹ Folios 340-341.

1) En uso de sus facultades preventivas, la Procuraduría dirigió una comunicación a la Superintendencia de Sociedades con el fin de que se iniciaran todas las labores necesarias, en su función de inspección, control y vigilancia, para conocer cuál era el comportamiento de la sociedad Hidroituango. Lo anterior, luego de conocer los graves impactos que podrían tener en la comunidad, los hechos acontecidos con el desastre hidroituango en materia ambiental y humanitaria.

2) Para el Ministerio Público era muy importante que una superintendencia especializada en temas societarios entrara a controlar que estaba sucediendo con la persona jurídica que podría terminar respondiendo por cualquier perjuicio causado en una obra de la magnitud de la represa de hidroituango.

3) Si bien no existe una superintendencia para asuntos ambientales, cada una de las existentes tiene capacidad y competencia para actuar de manera preventiva ante la ocurrencia de graves impactos ambientales.

4) Es necesario que se establezca con claridad sobre quienes, en donde y a partir de cuándo se activa la competencia de las distintas entidades. Asimismo, si la vigilancia frente a la prestación del servicio es de competencia integral, fraccionada, residual o secuencial como se ha planteado. El presente caso va a marcar una línea clara sobre el verdadero entendimiento de las funciones de supervisión por parte de las superintendencias.

5) Es necesario enfocarse en el tema de los impactos ambientales que están sucediendo por la construcción de la obra. Ello con el propósito de que se tomen todas las medidas de precaución necesarias para disminuir el impacto de dichos daños en la comunidad y en el territorio.

Ahora bien, es importante señalar que obra en el expediente un oficio de la Procuraduría General de la Nación dirigido a la Superintendencia de Sociedades en donde el Ministerio Público considera que la competencia de supervisión sobre la sociedad Hidroituango radica en la Superintendencia de Sociedades, y no en la SSPD. Así, en la mencionada comunicación la entidad manifestó:

1) El pronunciamiento del Consejo de Estado invocado por la Superintendencia de Sociedades para declararse incompetente para ejercer sus potestades de inspección y vigilancia sobre Hidroituango, no constituye un precedente válido para relevarse del cumplimiento de tal responsabilidad.

2) La sociedad Hidroituango no puede ser sujeto de inspección, vigilancia y control por parte de la SSPD, en la medida que la actividad de construcción de infraestructura para la futura prestación del servicio público de energía eléctrica, no es considerada una actividad típica del servicio público domiciliario, ni una actividad conexas, asociada o complementaria al mismo.

3) En tal virtud, y de conformidad con las consideraciones expuestas, emerge y resulta aplicable la cláusula de competencia residual prevista en el artículo 228 de la Ley 222 de 1995, en la medida que la sociedad Hidroituango no se encuentra simultáneamente sometida al control y vigilancia integral de otra superintendencia. Por lo tanto, corresponde a la Superintendencia de Sociedades ejercer sus potestades de inspección y vigilancia.

4) Lo anterior, no obsta para que la SSPD y la Superintendencia de Sociedades, en el marco legal de sus competencias, coordinen las labores que conduzcan al

ejercicio efectivo de las funciones de supervisión sobre la sociedad Hidroituango, y sobre las demás empresas que intervienen en la construcción del proyecto hidroeléctrico.

Los conflictos de competencia que se susciten entre las diferentes entidades, no pueden servir de fundamento, ni conllevar a que hechos o deficiencias de todo orden, amplia y públicamente conocidos, queden sin la supervisión y control del Estado, lo que resultaría admisible bajo la cláusula del Estado Social de Derecho.

6. Consideraciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)

La CREG señaló a la Sala lo siguiente:

1) La Superintendencia de Sociedades ejerce la función de supervisión con el fin de verificar la formación, funcionamiento y desarrollo de las sociedades. Igualmente, busca identificar situaciones de deterioro o de crisis, con miras a tomar medidas correctivas que impulsen, protejan y garanticen el adecuado desarrollo de la empresa.

2) Por su parte, las facultades de inspección, vigilancia y control de la SSPD tiene como objeto supervisar: i) el cumplimiento de la Ley 142 de 1994 y las normas reglamentarias y de regulación expedidas por las comisiones de regulación respectiva, ii) la ejecución de los contratos de condiciones uniformes celebrados entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y los usuarios, iii) la entrega de subsidios a las personas de menores ingresos, iv) la satisfacción de los indicadores de gestión por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y v) la conformidad de las obras, equipos y procedimientos con los requisitos técnicos señalados por los Ministerios.

En términos generales, las funciones de inspección, vigilancia y control que se desprenden de la Ley 142 de 1994, la Ley 689 de 2001 y la Ley 1151 de 2007 tienen relación directa con el objeto principal de las empresas prestadoras de servicios públicos, esto es, la prestación del servicio como tal.

3) La SSPD solamente cumple las funciones que la asigna la Ley 142 de 1994, como un instrumento de intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios, con miras a satisfacer los fines perseguidos por la ley. Lo anterior, sin perjuicio de que otros organismos y entidades estatales ejerzan otras funciones de vigilancia y control sobre las mismas empresas, con propósitos distintos a la eficiente prestación de los servicios públicos.

Por ejemplo, el control fiscal está a cargo de la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales, el control del impacto ambiental corresponde a la ANLA y a las Corporaciones Autónomas Regionales, el control sobre las conductas de competencia desleal y de prácticas restrictivas de la competencia está asignado a la Superintendencia de Industria y Comercio.

4) Dentro del marco de sus funciones y competencias, en materia societaria quien debe ejercer la inspección, vigilancia y control es la Superintendencia de Sociedades. Por su parte, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es quien debe supervisar la prestación eficiente y efectiva del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

a. Competencia de la Sala respecto del caso concreto

La Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) regula el «Procedimiento administrativo». Su Título II se ocupa del «Procedimiento Administrativo General» cuyas «reglas generales»² se contienen en el Capítulo I, del que forma parte el artículo 39, conforme al cual:

Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.
[...].

En el mismo sentido, el artículo 112 del código en cita dispone que una de las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado es la siguiente:

[...]
10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.
[...].

Con base en el artículo 39 transcrito y en armonía con el numeral 10 del artículo 112, la Sala ha precisado los elementos que la habilitan para dirimir los conflictos de competencia administrativa, a saber: (i) que se trate de una actuación de naturaleza administrativa, particular y concreta; (ii) que, simultáneamente, las autoridades concernidas nieguen o reclamen competencia para conocer de la actuación administrativa particular; y, (iii) que una de las autoridades inmersas en el conflicto de competencia administrativa sea del orden nacional, o que, en todo caso, no estén sometidas a la jurisdicción de un solo tribunal administrativo.

A la luz de estas disposiciones, la Sala es competente para resolver el presente conflicto de competencias, pues se trata de una controversia entre dos autoridades nacionales, la Superintendencia de Sociedades y la SSPD. Asimismo,

² Ley 1437 de 2011, artículo 34: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y PRINCIPAL. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código.

el conflicto tiene como objeto establecer la autoridad competente para dar cumplimiento a: i) lo solicitado por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, a través del oficio número 237 del 8 de febrero 2019 (radicado ante la Superintendencia de Sociedades el 11 de febrero de 2019 con el número 2019-01-028390), y ii) el auto número 00060 del 21 de enero de 2019 de la ANLA.

b. Términos legales

El procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 –CPACA-, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6º), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, hasta tanto no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, «mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán»³. El artículo 21 ibídem (sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015), relativo al funcionario sin competencia, dispone que «[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.» Igualmente, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que «[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida».

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los

³ La Ley 1755 de 2015, 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, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada.

2. Aclaración Previa

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades estatales frente a las cuales se dirime la competencia.

Las eventuales alusiones que se haga a aspectos propios del caso concreto serán exclusivamente las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, verificar los fundamentos de hecho y de derecho de la petición o del asunto de que se trate, y adoptar la respectiva decisión de fondo.

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia, se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

3. Problema jurídico

El presente conflicto negativo de competencias surgido entre la Superintendencia de Sociedades y la SSPD tiene como objeto establecer la autoridad competente para dar cumplimiento a: i) lo solicitado por la Procuraduría General de la Nación, a través del oficio número 237 del 8 de febrero 2019 (radicado ante la Superintendencia de Sociedades el 11 de febrero de 2019 con el número 2019-01-028390), y ii) el auto número 00060 del 21 de enero de 2019 de la ANLA.

Para resolver este interrogante, la Sala se referirá a: i) los servicios públicos, ii) el servicio público de energía eléctrica, iii) las funciones de inspección, vigilancia y control de las Superintendencias, iv) las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades, v) las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y vi) el caso concreto.

3.1. Los servicios públicos

Los servicios públicos se encuentran regulados a partir de la propia Constitución Política. Así, dentro de las disposiciones constitucionales que se refieren a esta materia se encuentran las siguientes:

- i) El artículo 150 establece como una de las funciones del Congreso expedir las normas que rigen la prestación de los servicios públicos.
- ii) El artículo 189 le asigna al Presidente de la República la función de ejercer la inspección y vigilancia sobre los servicios públicos.

iii) El artículo 334 determina que el Estado puede intervenir en los servicios públicos y privados, con el fin de lograr el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.

iv) El artículo 365 indica que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, de allí que este tenga el deber de asegurar su prestación eficiente. Adicionalmente, la norma consagra que: a) el régimen jurídico de los servicios públicos es determinado por la ley; b) dichos servicios pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas, o por los particulares, y c) el Estado tiene la potestad para regular, controlar y vigilar los servicios públicos.

v) El artículo 366 establece como objetivo fundamental de la actividad estatal la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

vi) El artículo 367 determina que la ley es la llamada a fijar las competencias y responsabilidades en materia de servicios públicos. Igualmente, señala que a través de ella se debe determinar lo referente a la cobertura, calidad, financiación y tarifas del servicio.

vii) El artículo 368 se refiere a la posibilidad de que la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas puedan otorgar subsidios a las personas de menores ingresos, con el fin de que estas puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

viii) El artículo 369 enseña que los derechos y deberes de los usuarios, así como su régimen de protección, deben ser establecidos por el legislador. Igualmente, consagra que corresponde a este último regular lo relativo a la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio; y definir la participación de los municipios o sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.

ix) Finalmente, el artículo 370 determina lo referente a la supervisión de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios:

Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

Dentro de este marco, es dable afirmar que la expedición de la Constitución Política de 1991 trajo consigo un cambio fundamental en materia de servicios públicos. Así, se pasó de un régimen sustentado en la noción clásica de servicio público, a una nueva concepción fundamentada en la libre competencia, aunque sometido a la intervención y regulación del Estado. En esta dirección, se ha señalado:

La Carta de 1991, al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución Económica, introdujo un cambio sustancial: el nuevo ordenamiento constitucional dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la 'función pública' y optó por un 'nuevo servicio público' basado en el modelo de competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía".

De ahí que los servicios públicos domiciliarios dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo “neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final⁴.

Igualmente, de la lectura de las normas constitucionales se evidencia que los servicios públicos, y especialmente, los servicios públicos domiciliarios, constituyen una actividad económica inherente a los fines del Estado. Estos servicios se caracterizan, además, por: i) estar sometidos a un régimen liberalizado, que permite la participación de los particulares; ii) tener como uno de sus principios fundamentales la protección de los usuarios; e iii) imponer al Estado el deber de garantizar su prestación efectiva, permanente y de calidad. Aspectos todos estos que justifican la intervención estatal, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia:

A partir de los años noventa y como resultado de la importante penetración de las ideas neoliberales prevalentes desde la década anterior, el Estado ha acudido, de manera habitual y progresiva, al concurso del sector privado para garantizar la satisfacción de los intereses sociales, procurando por una eficaz, eficiente, oportuna y transparente gestión pública.

En esta tarea, la nueva gestión pública ha redimensionado el papel del Estado no sólo en la economía sino en la forma en que se satisfacen los intereses del conglomerado. En este propósito, con la Constitución Política de 1991 los servicios públicos ya no son considerados como una función del Estado, pero si inherentes a la finalidad social del mismo (art. 365), con lo cual se abrieron nuevos espectros de acción tanto para el Estado como para los particulares, generándose disímiles y novedosos instrumentos jurídicos y estructuras administrativas que permiten superar las dificultades propias de los anquilosados aparatos estatales que durante gran parte del siglo XX se despreocuparon por la eficiencia de la gestión y de la prestación de los servicios a su cargo, a cambio de robustecer un sistema burocrático que hoy se advierte innecesario, siguiendo doctrinas keynesianas que, de a poco, están siendo objeto de revisión y sustitución por políticas públicas capaces de enfrentar la nueva recomposición de las estructuras económicas, sociales y culturales.

El renovado interés de los particulares para participar en la prestación de los servicios públicos, apoyado por legislaciones más flexibles y conscientes de la importancia del soporte del sector privado en el quehacer público, ha procurado la formación tanto de modelos de “privatización” del servicio público –extremo de la intervención privada en las actividades que eran consideradas exclusivas de Estado–, como alternativas de asociación o colaboración: En ambos extremos, sin embargo, prevalece la intervención estatal con el fin de garantizar la pervivencia del interés público y, por contera, la satisfacción de las necesidades que a él subyacen, a través de procesos de regulación, control y vigilancia⁵.

Adicionalmente, las referidas normas constitucionales establecieron una distribución de funciones en materia de servicios públicos. Así, corresponde al legislador la determinación del régimen jurídico de los servicios⁶, potestad que

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-1998-05354-01(16257).

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Radicación número: 11001-03-26-000-1999-06722-01(16722).

⁶ «Si auscultamos las normas que regulan lo relacionado con los servicios públicos domiciliarios, podemos advertir que por mandato constitucional tal materia debe ser desarrollada por el

tiene como propósito asegurar que la normativa que los regula sea fruto de un proceso de deliberación pluralista, público y participativo⁷. Todo lo anterior, sin perjuicio de las facultades de regulación de las Comisiones de Servicios Públicos Domiciliarios y de la potestad reglamentaria del Presidente de la República⁸.

Por su parte, el constituyente radicó en cabeza del ejecutivo, además de la referida potestad reglamentaria, las funciones de inspección, vigilancia y control de los servicios públicos, las cuales tienen gran trascendencia⁹, pues constituyen uno de los mecanismos para asegurar su prestación¹⁰.

3.2. El servicio público de energía eléctrica

El servicio público de energía eléctrica fue definido expresamente en el numeral 25 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 en los siguientes términos:

14.25. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA. Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta

Legislador». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 8 de marzo de 2018. Radicación número: 11001-03-24-000-2009-00113-00.

⁷ Como se puede ver, el conjunto de normas glosadas establece en forma reiterativa que el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios debe ser definido por el legislador, correspondiendo al ejecutivo el ejercicio de las funciones de control, inspección y vigilancia, el señalamiento de las políticas del sector y la regulación de los servicios, de acuerdo con las competencias y responsabilidades que determine la ley, todo lo cual ha de entenderse sin perjuicio de la potestad reglamentaria que el ordinal 11 del artículo 189 de la Carta confiere al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa.

La reserva de ley en estos ámbitos, como expresión del principio democrático, busca garantizar que el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos domiciliarios, sea el resultado de un proceso de deliberación pluralista, público y participativo, teniendo en cuenta su incuestionable trascendencia en la vida nacional. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009. Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01. Véase igualmente: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 de abril de 2015. Radicado número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223).

⁸ Al hilo de tales consideraciones se puede afirmar entonces, a manera de recapitulación, que bajo el régimen de la Constitución Política de 1991 la definición del régimen jurídico de los servicios públicos es del resorte exclusivo del Congreso de la República. Sin embargo, en el marco normativo que queda someramente delineado, las Comisiones de Regulación se encuentran jurídicamente habilitadas para regular los servicios públicos respectivos, lo cual ha de entenderse sin perjuicio de las funciones normativas que la Carta Política atribuye al legislador, ni de la potestad reglamentaria que el artículo 189 numeral 11 de la Constitución radica en cabeza del Presidente de la República. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009. Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01.

⁹ «De conformidad con el escenario de los servicios públicos en Colombia luego de la Constitución Política de 1991, esto es, una actividad económica inherente a las finalidades del Estado, la función de inspección, vigilancia y control resulta primordial». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de mayo de 2019. Radicación número: 27001-23-31-000-2004-00699-01(35783).

¹⁰ De hecho la forma como se asegura la prestación es a través de los instrumentos de intervención estatal en los servicios públicos, que no son otros, según lo pregonó el artículo 3º de la ley 142, que todas las funciones y atribuciones asignadas a las autoridades de que trata esta ley, en especial las relativas a las siguientes materias: i) la regulación; ii) la inspección, vigilancia y control; iii) el otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos; iv) la promoción y apoyo a las personas que presten los servicios públicos; v) la organización de sistemas de información; vi) la protección de los recursos naturales; vii) el estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos; viii) el respeto al principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios y ix) gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios; (art. 3º ley 142 de 1994). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2017. Radicación número: 11001-03-26-000-1998-05354-01(16257).

Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.

Como puede observarse de la lectura de esta disposición, el señalado servicio consiste en el transporte de energía eléctrica, incluyéndose dentro de dicho concepto lo relativo a su conexión y medición¹¹.

Ahora bien, por mandato expreso del legislador, son actividades complementarias de dicho servicio y, por tanto, actividades del sector¹², las relativas a la generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión de energía.

Estas actividades fueron definidas por la ley y los entes reguladores correspondientes, esto es, la CREG y el Ministerio de Minas y Energía.

Así, de acuerdo con el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctrica (RETIE) la actividad de generación consiste en el «proceso mediante el cual se obtiene energía eléctrica a partir de alguna otra forma de energía».

Vale la pena señalar, que el mismo reglamento define al generador de energía como la «persona natural o jurídica que produce energía eléctrica, que tiene por lo menos una central o unidad generadora. También significa equipo de generación de energía eléctrica incluyendo los grupos electrógenos».

Por su parte, en lo que respecta a la actividad de comercialización, la Ley 143 de 1994 la concibió de la siguiente forma: «actividad consistente en la compra de energía eléctrica y su venta a los usuarios finales, regulados o no regulados que se sujetará a las disposiciones previstas en esta Ley y en la de servicios públicos domiciliarios en lo pertinente».

En términos similares, la Resolución 1º de 1994 de la CREG define la comercialización como la: «actividad consistente en la compra y venta de energía eléctrica en el mercado mayorista y su venta con destino a otras operaciones en dicho mercado o a los usuarios finales».

Según la misma resolución, el sujeto que realiza dicha actividad, es decir, el comercializador, es aquella: «persona natural o jurídica cuya actividad principal es la comercialización de energía eléctrica».

En lo que respecta a la transformación de energía, esta se define por el señalado reglamento técnico como el: «proceso mediante el cual son modificados, los parámetros de tensión y corriente de una red eléctrica, por medio de uno o más transformadores, cuyos secundarios se emplean en la alimentación de otras subestaciones o centros transformación (incluye equipos de protección y seccionamiento)».

¹¹ De acuerdo con la Resolución 1 de 1994, emitida por la CREG, es transportador de energía la: «Persona natural o jurídica que opera y transporta energía eléctrica en el sistema de transmisión nacional o en un sistema de transmisión regional». También ha sido definido como: «Persona natural o jurídica que opera y transporta energía eléctrica en el sistema de transmisión nacional, en un sistema de transmisión regional o en un sistema de distribución local».

¹² La presente Ley establece el régimen de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, que en lo sucesivo se denominarán actividades del sector, en concordancia con las funciones constitucionales y legales que le corresponden al Ministerio de Minas y Energía. Ley 143 de 1994, artículo 1º.

Por su parte, la transmisión de la energía eléctrica hace referencia a la: «actividad consistente en el transporte de energía por líneas de transmisión, y la operación, mantenimiento y expansión de sistemas de transmisión, ya sean nacional o regionales».

3.3. La función de supervisión de las superintendencias

Una de las expresiones más claras de la intervención del Estado, junto a la regulación, es el ejercicio de facultades de inspección, vigilancia y control¹³, las cuales se adelantan a través de las distintas superintendencias. Así, frente a estas últimas, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:

Y uno de los instrumentos más caracterizados de esa intervención del Estado en el mercado de los servicios públicos domiciliarios lo configura la Superintendencia. Así lo tiene determinado esta Corporación:

“Como ya se advirtió, la implantación de este ‘nuevo servicio público’ exige una intervención fuerte de las autoridades del sector en orden a proteger al usuario final, dentro de las cuales, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es expresión esencial del papel directivo del Estado en la economía, como que éste se reserva, en una economía concurrencial, las funciones de policía administrativa en razón a las externalidades propias del mercado. La Superintendencia encarna, pues, el rol insustituible del Estado: ese reducto de lo público que no puede ser decidido por la racionalidad privada”¹⁴.

A través de las distintas superintendencias, el Presidente de la República ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control en materia de educación, servicios públicos, las actividades financieras, bursátil, aseguradora, y de manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, las entidades cooperativas, las sociedades mercantiles y las instituciones de utilidad común¹⁵.

La función de supervisión de las superintendencias tiene como propósito asegurar el cumplimiento de las normas que regulan la actividad sobre la que se ejerce la supervisión, proteger el sector económico o social que controla, y promover su desarrollo y estabilidad¹⁶.

¹³ Bosquejado en los términos precedentes el régimen jurídico de la intervención del Estado en la economía y más precisamente en la esfera de los servicios públicos, debe ponerse de relieve que el ejercicio de la función reguladora constituye uno de los instrumentos más representativos y característicos de la intervención del Estado, junto con el ejercicio de las funciones de control y vigilancia, con lo cual el ordenamiento jurídico busca contribuir a la realización de los fines de nuestro Estado social de derecho, a la concreción efectiva de las libertades económicas y a la satisfacción de las necesidades colectivas. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009. Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2006. Radicación número: 54001-23-31-000-2002-01944-01(AP).

¹⁵ Las superintendencias forman parte de la estructura de la Rama Ejecutiva en el nivel nacional, y están creadas – con o sin personería jurídica – para ejercer por delegación las funciones de inspección, vigilancia y control que el artículo 189 de la Constitución Política asigna al Presidente de la República sobre la enseñanza (numeral 21), los servicios públicos (numeral 22), las actividades financieras, bursátil, aseguradora y de manejo, aprovechamiento o inversión de los recursos captados del público, las entidades cooperativas, las sociedades mercantiles (numeral 24) y las instituciones de utilidad común (numeral 26). Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de febrero de 2008. Radicado número: 11001-03-06-000-2017-00129-00(C).

¹⁶ Dentro de este marco, la actividad de las superintendencias, corresponde al ejercicio de la función de policía, que se halla subordinada al poder de policía, lo que significa que su actuación está dirigida a la cumplida aplicación de las normas que regulan el campo de actividad sobre el cual aquellas ejercen las funciones de inspección, vigilancia y control que les son encomendadas, con miras además, a propender por la protección del sector económico o social objeto de control,

Igualmente, las potestades de inspección, vigilancia y control tienen una función preventiva y deben ejercerse tomando en cuenta, no la realidad formal, sino material:

Sin embargo, estima la Sala que la Superintendencia de Sociedades al ejercer el control de la legalidad de las actividades de las sociedades sometidas a su inspección y vigilancia no está constreñida, ni limitada a un simple examen de tipo puramente formal, pues en muchas ocasiones será preciso determinar con exactitud cuál pueda ser la auténtica realidad de los hechos para determinar si en la formación y funcionamiento de la entidad vigilada se ajustó a las leyes y decretos y cumplió normalmente sus propios estatutos. A este respecto la Sala expresó en sentencia de 11 de septiembre de 1974, lo siguiente:

"A la Superintendencia de Sociedades le incumbe, entre otras funciones, velar porque la formación de las sociedades sometidas a su inspección y vigilancia, se ajuste a la ley. Para este efecto se le faculta para otorgar el permiso de funcionamiento (artículo 268 Código de Comercio). Pero si la Superintendencia advierte que los estatutos de la sociedad no se conforman a la ley, debe negar el permiso (artículo 270); la conformidad apuntada no puede tener un alcance simplemente formal, externo o aparente; debe ser, además, real, intrínseco y material. 'Fraus omnia corrumpit', es un principio general de derecho que inspira todo nuestro ordenamiento positivo y que como tal, debe tener la más amplia y cumplida aplicación en todas las ramas del Derecho (artículo 8, Ley 153 de 1887).

Si la Superintendencia, mediante las pruebas que se examinan y que no fueron infirmadas en este proceso, estableció que la sociedad apenas era una apariencia de tal, pues la simple adecuación formal de la ley no correspondía con lo sustancial de un acuerdo para realizar una empresa común de beneficios recíprocos, procedió legalmente negándole el permiso de funcionamiento, con lo cual hizo uso adecuado de una función de tipo preventivo que le asigna la ley y que no puede entenderse limitada a una simple verificación de legalidad formal". (Expediente 2058, ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla).

[...]

Naturalmente esa verificación de hechos atinentes a la formación y funcionamiento de las sociedades y la calificación jurídica que de ellos se haga, no podrá tener otros efectos diferentes de los ya expresados, y que la ley tiene previstos en orden a la eficacia de la función de inspección y vigilancia, que es una atribución de tipo preventivo y de alcance puramente administrativo; por lo mismo, el ejercicio de esa atribución ha de entenderse sin perjuicio y sin mengua de la función jurisdiccional instituida para dirimir las controversias entre los particulares.

[...]

En estas condiciones, la Sala estima que cuando quiera que se trate del examen de operaciones o negocios que afecten los activos sociales, la Superintendencia está habilitada por la ley para examinar la realidad de esas operaciones y para deducir de ese examen los efectos administrativos previstos en la ley que regula la inspección y vigilancia de las sociedades comerciales¹⁷. (Subraya la Sala).

por su desarrollo y estabilidad, así como por el cumplimiento de las demás funciones que específicamente se le hayan encomendado a la respectiva superintendencia, a partir del cumplimiento de su actividad principal de inspección, vigilancia y control. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de marzo de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-1998-00017-00(15071).

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 10 de mayo de 1977.

Finalmente, es importante señalar que las referidas potestades de supervisión deben adelantarse en estricto cumplimiento del derecho al debido proceso. Así, en la sentencia C-165 de 2019, la Corte Constitucional indicó:

Adicionalmente, es claro que dichas funciones deben ser ejercidas con estricto apego a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución el cual establece que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.” La Corte Constitucional ha definido el debido proceso administrativo como el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, “materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa”. Por lo tanto, las actividades de inspección, vigilancia y control están sujetas a la observancia de las normas de procedimiento especial que regulen su alcance, y en ausencia de norma especial se deberá dar aplicación al procedimiento general del CPACA en lo que resulte pertinente.

3.4. Las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades

La Superintendencia de Sociedades fue creada a través de la Ley 58 de 1931, bajo el nombre de “Superintendencia de Sociedades Anónimas”. En dicha oportunidad, se le otorgaron funciones de supervisión sobre las sociedades anónimas y las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de aquellas sujetas a la competencia de la Superintendencia Bancaria¹⁸. Frente a esta supervisión inicial, limitada a las sociedades anónimas, la jurisprudencia ha señalado:

Las actividades de inspección, vigilancia y control por parte del Estado respecto de las sociedades comerciales comenzaron a ser realizadas en relación con las sociedades anónimas habida consideración de la característica que a ese tipo societario resulta consustancial: la limitación total de la responsabilidad de los asociados a sus respectivos aportes; dicha particularidad inherente a la sociedad anónima fue concebida como una concesión o privilegio reconocido por el Estado para facilitar y estimular la vinculación de inversionistas a empresas grandes y no siempre promisorias, como ocurrió con las Compañías Holandesas de las Indias Orientales de principios del siglo XVII. Empero, la anotada limitación de la responsabilidad —que permitió la representación del interés de los socios en títulos negociables, de modo que se facilitara tanto su circulación como la vinculación de toda clase de inversionistas— al propio tiempo condujo a granjearle a la sociedad anónima un ambiente de cautela y de prevención en las legislaciones comerciales, en las cuales empezaron a ser consagrados mecanismos de la más diversa naturaleza encaminados a conjurar los peligros que esa responsabilidad limitada entrañaba (...)¹⁹.

Posteriormente, en el año de 1968 se expidió el Decreto Ley 3163, el cual determinaba en su artículo 1º:

La Superintendencia de Sociedades Anónimas, que en adelante se denominará Superintendencia de Sociedades, es un organismo adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, encargado de hacer cumplir las leyes y decretos relacionados con las entidades sometidas a su control y vigilancia. (Subraya la Sala).

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00936-01(22984). Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de febrero de 2018. Radicado número: 11001-03-06-000-2017-00129-00(C).

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00936-01(22984).

Luego, los Decretos 410 de 1971 (Código de Comercio), 2155 de 1992²⁰ y 1080 de 1996²¹, reconocieron la facultad de supervisión de la Superintendencia de Sociedades sobre todas las sociedades comerciales.

Tanto la regulación, como las facultades de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades tienen como propósito proteger los múltiples intereses que subsisten dentro de una sociedad comercial. Así, por un lado, se encuentran los intereses patrimoniales de la sociedad, los cuales deben ser protegidos de los abusos o actividades irregulares de los administradores o los órganos sociales. Por otro lado, existen también los intereses de los socios, los cuales pueden ser divergentes entre ellos mismos, o diferir con los de la propia sociedad. Igualmente, aparecen los intereses de los terceros que tienen relaciones con la persona jurídica, tal como ocurre, por ejemplo, con los acreedores.

Adicionalmente, la función de supervisión de la Superintendencia de Sociedades encuentra justificación en el interés general de la economía nacional, debido al impacto que tienen sobre ellas las sociedades comerciales²².

Finalmente, las facultades de supervisión de la Superintendencia de Sociedades tienen como objetivo lograr una cumplida ejecución de las normas que gobiernan la formación, funcionamiento y objeto social de las sociedades mercantiles, no supervisadas por otras superintendencias²³.

²⁰ «Artículo 1. Naturaleza. La Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, con autonomía administrativa y presupuestal, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que por delegación del Presidente de la República, ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles”

²¹ “Artículo 1. La Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, así como las facultades que le señala la Ley en relación con otras personas jurídicas o naturales»(énfasis añadido).

²² Y es que las exigencias previstas tanto en normas de derecho privado como en dispositivos normativos de derecho público para la constitución y para el funcionamiento de las sociedades comerciales, tienen como finalidad la protección de múltiples intereses que en ocasiones resultan coincidentes pero muchas otras veces devienen en divergentes; de un lado, debe darse cuenta de los intereses patrimoniales de la sociedad, los cuales deben ser resguardados de los posibles abusos e irregularidades en los que pudieren incurrir los administradores u otros órganos sociales. De otra parte, se deben tomar en consideración los intereses de los socios, como particulares, los cuales no siempre coinciden con los de la sociedad, con frecuencia divergen y esa divergencia se puede manifestar en la oposición que pueda existir entre los varios grupos de accionistas, por ejemplo, entre los que disponen de la mayoría de votos en las asambleas —y controlan, por tanto, la sociedad— y los grupos minoritarios.

Adicionalmente, las disposiciones que regulan las sociedades comerciales tienden también a proteger los intereses de los terceros que traben relaciones de negocio con la sociedad, entre los cuales debe destacarse a los acreedores sociales; ello justifica la existencia de normas dictadas para la salvaguarda de la integridad del capital social, entre otras. Y también deben ser considerados y tutelados los intereses de los posibles —futuros— socios o acreedores, los cuales han adquirido una importancia cada vez mayor con la difusión y el desarrollo de las sociedades por acciones. En fin, el campo de los intereses tutelados se ensancha continuamente hasta comprender, incluso, el interés general de la economía del país, dadas las repercusiones que sobre dicha economía puede tener —y, de hecho, tiene— el funcionamiento de las sociedades de comercio. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00936-01(22984).

²³ «[R]efiriendo a la Superintendencia de Sociedades, su competencia se encamina a lograr una cumplida ejecución de las normas que gobiernan la formación, funcionamiento y objeto social de las sociedades mercantiles no vigiladas por otras Superintendencias para que se ajusten a la ley y los estatutos, tal como lo reseña el artículo 82 de la Ley 222 de 1995». Superintendencia de Sociedades. Concepto número: 220-18260 del 30 de mayo de 2001.

Ahora bien, las competencias de la Superintendencia de Sociedades en materia de inspección, control y vigilancia se encuentran establecidas en la Ley 222 de 1995. Así, el artículo 82 consagra la cláusula general de competencia de la siguiente manera:

Artículo 82. Competencia de la Superintendencia de Sociedades. El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de Sociedades, la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, en los términos establecidos en las normas vigentes.

También ejercerá inspección y vigilancia sobre otras entidades que determine la ley. De la misma manera ejercerá las funciones relativas al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo. (Subraya la Sala).

Por su parte, el artículo 83 de la misma ley define la función de *inspección* de la Superintendencia de Sociedades. La señalada disposición establece:

Artículo 83. Inspección. La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma. La Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades. (Subraya la Sala).

Es importante destacar que la solicitud de libros de contabilidad o documentos privados, así como la realización de visitas administrativas de inspección, no implican la vulneración del derecho a la intimidad de las personas²⁴.

En lo que respecta a la función de *vigilancia*, el artículo 84 consagra:

Artículo 84. Vigilancia. La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.

Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República. También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el Superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:

- a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias;
- b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad;
- c. No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados.
- d. Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia del 10 de abril de 2019, C-165/19.

Respecto de estas sociedades vigiladas, la Superintendencia de Sociedades, además de las facultades de inspección indicadas en el artículo anterior, tendrá las siguientes:

1. Practicar visitas generales, de oficio o a petición de parte, y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que se hayan observado durante la práctica de éstas e investigar, si es necesario, las operaciones finales o intermedias realizadas por la sociedad visitada con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia.
2. Autorizar la emisión de bonos de acuerdo con lo establecido en la ley y verificar que se realice de acuerdo con la misma.
3. Enviar delegados a las reuniones de la asamblea general o junta de socios cuando lo considere necesario.
4. Verificar que las actividades que desarrolle estén dentro del objeto social y ordenar la suspensión de los actos no comprendidos dentro del mismo.
5. Decretar la disolución, y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.
6. Designar al liquidador en los casos previstos por la ley.
7. Autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión.
8. <Numeral modificado por el artículo 149 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Convocar a reuniones extraordinarias del máximo órgano social en los casos previstos por la ley. En los casos en que convoque de manera oficiosa, la Superintendencia presidirá la reunión.
9. Autorizar la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y de acciones privilegiadas.
10. Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley.
11. <Numeral derogado por el artículo 149 del Decreto 19 de 2012. (Subraya la Sala).

Asimismo, el artículo 85 de la Ley 222 de 1995 determina el contenido de la facultad de *control* de la Superintendencia de Sociedades. Así, dispone la norma:

[O]rdenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular. (Subrayas de la Sala). (Subraya la Sala).

Adicionalmente, el Decreto 1074 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo» en su artículo 2.2.2.1.1.1 y siguientes, establece los presupuestos que determinan la competencia de inspección, control y vigilancia por parte de la Superintendencia de Sociedades, en atención al monto de ingresos, activos o la existencia de pensionados a cargo de una sociedad.

De esta suerte, en términos generales, la jurisprudencia ha resumido las facultades de supervisión de la Superintendencia de Sociedades en los siguientes términos:

- a. En cuanto a las potestades de **inspección**, cabe recordar que se encuentran sujetas a la inspección por parte de la Superintendencia de Sociedades todas las compañías comerciales no sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, lo cual implica que respecto de tales empresas la Superintendencia de Sociedades está facultada para adelantar investigaciones administrativas encaminadas a obtener, confirmar y analizar información sobre su situación jurídica, contable, económica y administrativa o sobre operaciones específicas que se hubieren realizado. La inspección constituye, entonces, un grado leve de injerencia o de supervisión del Estado en las sociedades sujetas a

este tipo de fiscalización, razón por la cual se ha expresado que “es una atribución simplemente potencial, que garantiza que el superintendente pueda ejercer la facultad constitucional que se encuentra en cabeza del presidente de la República, en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución nacional”.

b. En lo que tiene que ver con la atribución de **vigilancia**, ésta constituye una facultad de carácter permanente que permite a la Superintendencia de Sociedades desplegar actividades de mayor alcance que las de mera inspección, pues la vigilancia consiste esencialmente en la potestad de velar porque las sociedades sometidas a dicho grado de fiscalización se ajusten tanto en su formación y funcionamiento como en el desarrollo de su objeto social, a la Constitución Política, a la ley, al reglamento y a sus propios estatutos.

[...]

c. Por lo que atañe a la potestad de **control**, cabe señalar que ésta es la facultad más intensa de fiscalización que resulta jurídicamente viable ejercer respecto de una sociedad; se trata de una atribución llamada a operar en relación con compañías que se encuentren en una situación crítica, de carácter jurídico, económico o administrativo. Esta facultad, al igual que ocurre con la vigilancia, sólo puede ser ejercida sobre sociedades que no se hallen permanentemente vigiladas por otra superintendencia y para que una sociedad resulte sometida a este estadio de fiscalización será siempre indispensable que el Superintendente de Sociedades así lo determine por medio de acto administrativo de carácter particular, de suerte que la cesación del control precisa asimismo de que el Superintendente lo determine a través del correspondiente acto administrativo²⁵. (Subraya la Sala).

Ahora bien, para la implementación de las facultades de inspección, vigilancia y control debe tomarse en consideración lo dispuesto por el artículo 228 de la Ley 222 de 1995, disposición que establece la denominada competencia residual de la Superintendencia de Sociedades:

Artículo 228. Competencia Residual. Las facultades asignadas en esta ley en materia de vigilancia y control a la Superintendencia de Sociedades serán ejercidas por la Superintendencia que ejerza vigilancia sobre la respectiva sociedad, si dichas facultades le están expresamente asignadas. En caso contrario, le corresponderá a la Superintendencia de Sociedades salvo que se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores. (Subraya la Sala).

La competencia residual tiene como finalidad garantizar que ciertos aspectos subjetivos de la sociedad comercial no queden desprovistos de supervisión²⁶. Igualmente, busca evitar el ejercicio fraccionado o duplicado de las funciones, así como una vigilancia concurrente. En esta dirección, se ha indicado:

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00936-01(22984). Véase igualmente Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Radicación número: 11001-03-24-000-2014-00394-00.

²⁶ «Como se observa, esta norma privilegia el control subjetivo, de tal forma que la sociedad no quede sin vigilancia en ciertos aspectos de su identidad comercial. Es claro, igualmente, que este control residual únicamente surge cuando se cumplen los supuestos de la norma, esto es: las Superintendencias respectivas ejercen siempre las facultades de vigilancia y control establecidas en la ley 222 de 1995, cuando les sean **expresamente asignadas** por la ley. En caso contrario, la competencia se radica en cabeza de la Superintendencia de Sociedades. En todo caso, las atribuciones de inspección, control y vigilancia sobre la sociedad respectiva deben haber sido otorgadas o delegadas de forma precisa y concreta sin que sea posible deducirlas o atribuirles a la entidad correspondiente por interpretaciones o aproximaciones». Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de enero de 2006. Radicado número: 11001-03-06-000-2005-00016-00(C).

Estima la Sala en este punto que conviene advertir que precisamente la norma del artículo 228 de la ley 222, así como las que más adelante se señalan y se transcriben, relacionadas con las atribuciones de la Supersociedades y la Supertransporte, son las que permiten afirmar que la voluntad del legislador es la evitar fraccionamientos o duplicidad en el ejercicio de esas atribuciones por las diferentes superintendencias, así como impedir que entre estas se presenten casos de vigilancia concurrente sobre determinadas situaciones fácticas o jurídicas que presenten las sociedades sometidas a los controles estatales. Y la intención del legislador se observa con claridad cuando con las normas citadas se asignan o delegan expresamente funciones a una u otra superintendencia o se atribuye a cada una de ellas responsabilidad en relación con determinadas sociedades o personas o con los diferentes aspectos de la prestación de los servicios públicos cuya función de vigilancia corresponde al Presidente de la República.

Cree la Sala que estos son sanos criterios de interpretación cuando se estudian casos de definición de competencias administrativas. No puede suponerse y menos en el caso que se examina que las herramientas puestas en manos de una u otra superintendencia llevan a duplicidad de funciones o a decisiones contrarias entre las superintendencias o a estudio o tratamientos diferentes de las situaciones de los entes prestadores del servicio público²⁷.

Por lo tanto, la Superintendencia de Sociedades es competente para supervisar a las sociedades comerciales. Con todo, las demás superintendencias rempazan a la Superintendencia de Sociedades en el ejercicio de dicha función, cuando la ley les haya asignado dicha competencia de manera expresa. En caso contrario, la Superintendencia de Sociedades mantiene su competencia²⁸.

En otras palabras, la Superintendencia de Sociedades ejerce un control de vigilancia subjetivo por cuanto se ejerce sobre el sujeto, es decir, la persona jurídica²⁹. Sin embargo, su competencia es *residual* en la medida en que opera bajo la condición de que las facultades asignadas a ella, no hayan sido expresamente otorgadas a otra Superintendencia³⁰.

3.5. Las funciones de inspección, vigilancia y control de la SSPD

Las Leyes 142 y 143 de 1994 consagran las funciones de inspección, vigilancia y control de la SSPD. Así, el artículo 75 de la Ley 142 establece:

Funciones presidenciales de la Superintendencia de servicios públicos. El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, y los demás servicios

²⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de septiembre de 2001. Radicación número: C-746.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de febrero de 2018. Radicado número: 11001-03-06-000-2017-00129-00(C).

²⁹ La supervisión sobre las sociedades puede ser subjetivo u objetivo. El primero se refiere a la persona y el segundo a la actividad que esta despliega. Frente a estas modalidades de control, la Sala ha señalado: El legislador, a través de las facultades otorgadas por el numeral 7º del artículo 150 de la Constitución Política ha creado superintendencias de diversa naturaleza, algunas asociadas a una clase de sujetos (Sociedades, Financiera) o bien delimitadas por su objeto (Industria y Comercio, Salud). A partir de esa división, es claro que el control ejercido puede ser subjetivo, es decir, cuando se controla el ente en sí mismo, u objetivo, cuando el control recae sobre la materia o asunto al cual se dedica el sujeto vigilado. Esto hace que en ocasiones, el control sea concurrente o compartido por dos o más Superintendencias. La concurrencia entonces, implica diferenciar entre el objeto y el sujeto de control, y se presenta como una consecuencia de la especialización de cada superintendencia en ciertas materias. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de enero de 2006. Radicado número: 11001-03-06-000-2005-00016-00(C).

³⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de septiembre de 2017. Radicado número: Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00023-00 (C).

públicos a los que se aplica esta Ley, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del Superintendente y sus delegados³¹.

Por su parte, el artículo 9º de la Ley 143 de 1994 determina:

El Presidente de la República ejercerá por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el control de eficiencia y calidad del servicio público de electricidad y el control, inspección y vigilancia de las entidades que prestan el servicio público de electricidad, en los términos previstos en la ley.

Las facultades de inspección, vigilancia y control que ejerce la SSPD constituyen una de las formas como el Estado interviene en los servicios públicos. Estas facultades de supervisión tienen, entre otros, los siguientes propósitos: i) garantizar la calidad del servicio público, ii) promover la ampliación de la cobertura, iii) asegurar la prestación continua e ininterrumpida del servicio, iv) incentivar la libre competencia, v) evitar el abuso de la posición dominante, vi) garantizar a los usuarios el acceso a los servicios, e vii) impulsar la participación de estos en la gestión y fiscalización de los servicios³².

Las facultades de inspección, vigilancia y control de la SSPD, las cuales implican potestades de mando y corrección³³, son desarrolladas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994. Así, la norma otorgó a la SSPD, entre otras, las siguientes funciones:

Funciones de la Superintendencia. Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de

³¹ «Y, el artículo 79 le asignó a la Superintendencia de Servicios Públicos las funciones de control y vigilancia de las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las hagan sujeto de aplicación de la citada Ley». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 22 de septiembre de 2016. Radicación número: 25000-23-27-000-2010-00122-01(18874). «Determinó que las funciones de control, inspección y vigilancia recaen sobre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien ejerce dicha potestad sobre todas las entidades que presten los servicios públicos que ostenten tal calidad, pues el ente de control debe velar por el cumplimiento de las leyes y sobre todo garantizar los derechos de los usuarios». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 22 de marzo de 2012. Radicación número: 25000-23-24-000-2005-00317-01.

³² ARTÍCULO 2o. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365, a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines: 2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios. 2.2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios. 2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico. 2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan. 2.5. Prestación eficiente. 2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante. 2.7. Obtención de economías de escala comprobables. 2.8. Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación. 2.9. Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad. Ley 142 de 1994.

³³ En coherencia con ello y de conformidad con las prescripciones de la Ley 142 de 1994, la referida Superintendencia se creó como un organismo de carácter técnico que ejerce funciones de policía administrativa por delegación del Presidente de la República, las cuales, como lo ha sostenido esta Sección³³, implican el ejercicio de una potestad de mando y corrección. La primera referida a propender por la garantía en la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios, en términos de continuidad, oportunidad, calidad, entre otros; y la segunda, como expresión propia de la intervención estatal, entendida como la obligación de actuar ante la violación de la ley y los actos administrativos que regulan la actividad antes referida. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Radicación número: 25000-23-24-000-2005-01325-01.

las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:

1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.

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

[...]

4. Establecer los sistemas uniformes de información y contabilidad que deben aplicar quienes presten servicios públicos, según la naturaleza del servicio y el monto de sus activos, y con sujeción siempre a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

5. Definir por vía general las tarifas de las contribuciones a las que se refiere el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, liquidar y cobrar a cada contribuyente lo que le corresponda.

[...]

7. Vigilar que los subsidios presupuestales que la Nación, los departamentos y los municipios destinan a las personas de menores ingresos, se utilicen en la forma prevista en las normas pertinentes.

8. <Numeral modificado por el artículo 15 de la Ley 1955 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Solicitar documentos, inclusive contables y financieros, a los prestadores, entidades públicas, privadas o mixtas, auditores externos, interventores o supervisores y privados, entre otros, que tengan información relacionada con la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Adicionalmente, practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones, en la oportunidad fijada por la Superintendencia.

9. Mantener un registro actualizado de las entidades que prestan los servicios públicos.

10. Tomar posesión de las empresas de servicios públicos, en los casos y para los propósitos que contemplan el artículo 59 de la Ley 142 de 1994 y las disposiciones concordantes.

11. <Numeral modificado por el artículo 87 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación; publicar sus evaluaciones y proporcionar, en forma oportuna, toda la información disponible a quienes deseen hacer evaluaciones independientes. La Superintendencia podrá imponer programas de gestión para las empresas que amenacen de forma grave la prestación continua y eficiente de un servicio los cuales estarán basados en los indicadores de prestación y la información derivada de la vigilancia e inspección efectuadas a las mismas, cuyo incumplimiento podrá ser sancionado en los términos de esta ley. De igual manera podrá definir criterios diferenciales para adelantar el control, inspección y vigilancia a los prestadores de acueducto, alcantarillado y aseo en áreas rurales.

12. Adjudicar a las personas que iniciaron, impulsaron o colaboraron en un procedimiento administrativo, tendiente a corregir violaciones de las normas relacionadas especialmente con los servicios públicos, una parte de las multas a la que se refiere el numeral 81.2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, para resarcirlos por el tiempo, el esfuerzo y los gastos y costos en que hayan incurrido o por los perjuicios que se les hayan ocasionado. Las decisiones respectivas podrán ser consultadas a la Comisión de Regulación del servicio público de que se trate. Esta adjudicación será obligatoria cuando la violación haya consistido en el uso indebido o negligente de las facturas de servicios públicos, y la persona que inició o colaboró en el procedimiento haya sido el perjudicado.

13. Verificar que las obras, equipos y procedimientos de las empresas cumplan con los requisitos técnicos que hayan señalado los ministerios.

14. Definir por vía general la información que las empresas deben proporcionar sin costo al público; y señalar en concreto los valores que deben pagar las personas por la información especial que pidan a las empresas de servicios públicos, si no hay acuerdo entre el solicitante y la empresa.

[...]

16. Señalar, de conformidad con la Constitución y la ley, los requisitos y condiciones para que los usuarios puedan solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como secreta o reservada por la ley.

[...]

18. Supervisar el cumplimiento del balance de control, en los términos del artículo 45 de la Ley 142 de 1994.

19. Velar por la progresiva incorporación y aplicación del control interno en las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia. Para ello vigilará que se cumplan los criterios, evaluaciones, indicadores y modelos que definan las Comisiones de Regulación, y podrá apoyarse en otras entidades oficiales o particulares.

20. Velar por que las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia, contraten una auditoría externa permanente con personas privadas especializadas.

[...]

22. Verificar la consistencia y la calidad de la información que sirve de base para efectuar la evaluación permanente de la gestión y resultados de las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia, así como de aquella información del prestador de servicios públicos que esté contenida en el Sistema Unico Información de los servicios públicos.

23. Solicitar a los auditores externos la información indispensable para apoyar su función de control, inspección y vigilancia y para evaluar la gestión y resultados de las personas prestadoras de servicios públicos, conforme con los criterios, características, indicadores y modelos que definan las Comisiones de Regulación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley 142 de 1994.

24. Eximir a las entidades que presten servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de contratar la auditoría externa con personas privadas especializadas en la forma y condiciones previstas en esta ley.

25. Sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios.

[...]

27. Pedir a las autoridades competentes, en el evento de toma de posesión, que declaren la caducidad de los contratos de concesión, en los términos del artículo 121 de la Ley 142 de 1994.

[...]

28. Designar o contratar al liquidador de las empresas de servicios públicos.

[...]

32. Adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

[...]

34. <Numeral adicionado por el artículo 15 de la Ley 1955 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Sancionar a los prestadores de servicios públicos y vigilados, auditores externos y otras entidades con naturaleza pública, privada o mixta, que tengan información relacionada con los servicios públicos domiciliarios, cuando no atiendan de manera oportuna y adecuada las solicitudes y requerimientos que la Superintendencia realice en ejercicio de sus funciones.

35. <Numeral adicionado por el artículo 15 de la Ley 1955 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> En los casos en los que lo considere necesario para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, encargar a terceros especializados la toma de muestras de calidad del agua en cualquier lugar del área de prestación del servicio y del sistema que sea técnicamente posible, y contratar un laboratorio para el análisis de las mismas. Los resultados que arrojen las muestras tomadas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, podrán ser utilizados como prueba, dentro de los procesos administrativos sancionatorios que adelante contra prestadores objeto de su vigilancia, y para cualquier otro fin que sea pertinente dentro del ejercicio de las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

36. <Numeral adicionado por el artículo 15 de la Ley 1955 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia, establecer, administrar, mantener y operar el Sistema Único de Información (SUI) de los Servicios Públicos Domiciliarios que se nutra con la información de los prestadores, auditores externos, entidades públicas, particulares, interventores y/o supervisores relacionados con la prestación de los servicios públicos domiciliarios. El SUI podrá interoperar con otras plataformas públicas y privadas y, adicionalmente, podrá compartir información, inclusive aquella que tenga el carácter de confidencial o reservado, garantizando la reserva y confidencialidad de la misma.

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.

La Superintendencia de Servicios Públicos ejercerá igualmente las funciones de control, inspección y vigilancia que contiene la Ley 142 de 1994, en todo lo relativo al servicio de larga distancia nacional e internacional. [...]. (Subraya la Sala).

Frente a los sujetos sometidos a la inspección de la SSPD, el legislador estableció que esta se ejerce sobre las entidades prestadoras de servicios públicos. En esta dirección, se ha indicado:

De las normas anteriores se infiere que la SSPD tiene la función constitucional de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre todas las entidades prestadoras de servicios públicos, sin exclusión por motivo o consideración alguna, y sin importar quiénes sean sus operadores o cuál sea la forma jurídica adoptada por la entidad prestadora del servicio.

[...]

En relación con la inspección, vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios y los prestadores, el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001 y adicionado por el artículo 96 de la Ley 1151 de 2007, somete a la vigilancia y control de la SSPD a **todas las entidades prestadoras** de servicios públicos domiciliarios, a partir del criterio de la naturaleza de la actividad y sin excepción alguna, cuando señala que “las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos³⁴”.

Es importante destacar que la facultad de inspección, vigilancia y control que recae sobre las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios, se ejerce tanto sobre aquellas que lo prestan de forma legal y pública, como de forma irregular, ilegal o clandestina³⁵.

En lo que respecta al alcance de las facultades de supervisión de la SSPD, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha concluido que se trata de una supervisión que puede ser integral, es decir, que recae tanto sobre los aspectos objetivos, como los subjetivos de la persona vigilada.

Este carácter integral encuentra justificación en el hecho de que la supervisión de los aspectos subjetivos puede afectar o impactar la calidad y cobertura del servicio, las tarifas de los usuarios, amenazar el patrimonio de las empresas o afectar la viabilidad y sostenibilidad del servicio. Igualmente, los artículos 365 y 370 de la Constitución Política, y 75 y 79 de la Ley 142 de 1994 hacen referencia expresa a la supervisión sobre la empresa prestadora del servicio público³⁶.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de noviembre de 2014. Radicado número: Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00221-00(C). Asimismo, en otra oportunidad concluyó que: «[L]as funciones de control, inspección y vigilancia recaen sobre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien ejerce dicha potestad sobre todas las entidades que presten los servicios públicos que ostenten tal calidad, pues el ente de control debe velar por el cumplimiento de las leyes y sobre todo garantizar los derechos de los usuarios». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 22 de marzo de 2012. Radicación número: 25000-23-24-000-2005-00317-01.

³⁵ «De todo lo hasta aquí considerado puede concluirse que la función de inspección, vigilancia y control que la propia Constitución Política asignó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como delegataria del Presidente de la República, recae sobre las personas que prestan dichos servicios, bien sea que lo hagan en forma legal, pública y con las debidas autorizaciones del Estado, o ya de manera irregular, ilegal y/o clandestina, previo el sometimiento que de estas últimas ordenen las respectivas comisiones de regulación». Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 21 de agosto de 2014. Radicado número: Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00531-00(2190).

³⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de noviembre de 2014. Radicado número: 11001-03-06-000-2014-00221-00(C).

Ahora bien, aunque la SSPD puede ejercer las facultades de inspección, vigilancia y control de manera integral, es decir, tanto sobre el servicio público (supervisión objetiva), como sobre las personas prestadoras del servicio (supervisión subjetiva), esta facultad no es absoluta o automática.

Lo anterior, teniendo en cuenta el principio de legalidad que guía la actividad de las autoridades públicas, así como la ya mencionada competencia residual de la Superintendencia de Sociedades, consagrada en el artículo 228 de la Ley 222 de 1995.

Por lo tanto, de acuerdo con el citado artículo 228, la SSPD conocerá de los aspectos subjetivos de la empresa prestadora de servicios públicos respecto de los cuales el legislador le haya conferido expresamente la facultad. Un claro ejemplo de lo anterior, lo constituye el numeral 11 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 que señala:

Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación; publicar sus evaluaciones y proporcionar, en forma oportuna, toda la información disponible a quienes deseen hacer evaluaciones independientes. La Superintendencia podrá imponer programas de gestión para las empresas que amenacen de forma grave la prestación continua y eficiente de un servicio los cuales estarán basados en los indicadores de prestación y la información derivada de la vigilancia e inspección efectuadas a las mismas, cuyo incumplimiento podrá ser sancionado en los términos de esta ley. De igual manera podrá definir criterios diferenciales para adelantar el control, inspección y vigilancia a los prestadores de acueducto, alcantarillado y aseo en áreas rurales. (Subraya la Sala).

Es importante resaltar que ha sido justamente con base en esta interpretación, que esta Sala ha señalado la competencia integral de la SSPD:

a) Conflicto de competencias entre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Superintendencia de la Economía Solidaria. Decisión del 8 de julio de 2010. Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00070-00

En aquella oportunidad, la Sala resolvió un conflicto negativo de competencias que tenía como objeto establecer la autoridad competente para inspeccionar, vigilar y controlar a la empresa comunitaria Acuabuitrera E.S.P., y por ende, conocer un derecho de petición dirigido a la realización de una investigación administrativa y contable, por presuntas irregularidades en la dirección de la empresa.

La Sala concluyó que la SSPD era la competente para resolver dicho derecho de petición, pues tenía una competencia integral para conocer de asuntos subjetivos, como el mencionado por el peticionante. En este sentido señaló:

3) La (sic) facultades de inspección, vigilancia y control a cargo de la SSPD se encuentran ampliamente descritas en el artículo 79 de la ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la ley 689 de 2001 y adicionado por el artículo 96 de la ley 1151 de 2007. De estas disposiciones se desprende que la inspección consiste en la potestad de solicitar y analizar la información que requiera la Superintendencia sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier entidad vigilada o sobre operaciones específicas de la misma, así como la de practicar investigaciones administrativas. La vigilancia consiste fundamentalmente en velar porque la entidad vigilada, en su formación y funcionamiento y desarrollo del objeto social, cumpla con la normatividad legal y estatutaria. El control significa la atribución de ordenar los correctivos necesarios

para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier entidad vigilada.

[...]

En consecuencia, las organizaciones solidarias se hallan bajo la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de la Economía Solidaria, salvo que estén sometidas a la supervisión especializada de otra superintendencia, como sucede en este caso, en el cual, por la naturaleza de la actividad, la mencionada empresa está inequívocamente sujeta a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

El citado artículo 34 hace que la competencia se traslade automáticamente a la SSPD, sin que sea viable jurídicamente escindir el control de tal manera que la SES supervise únicamente la parte “formal o subjetiva” de la organización solidaria y la SSPD el aspecto “objetivo”, consistente en la prestación del servicio. La norma no lo prevé así y la competencia se debe ejercer de manera integral sobre la entidad vigilada. La tesis que pretende hacer esta distinción carece de fundamento constitucional y legal y, por el contrario, se opone a la prescripción legal que expresamente ordena la concentración de las facultades de inspección y vigilancia en el órgano estatal especializado de supervisión.

Lo que el artículo 34 significa es que la competencia, toda la competencia y no solo parte de ella, se desplaza a la otra Superintendencia, por ejercer ésta “una supervisión especializada del Estado”. No se trata de una remisión parcial, esto es, a algunos aspectos del control de la entidad vigilada, sino que se refiere a la integralidad de la inspección, vigilancia y control.

Tampoco cabe argüir que la SSPD vigila solamente el aspecto de “la prestación del servicio público domiciliario”, cuando los artículos 365 y 370 constitucionales, en concordancia con el artículo 75 de la ley 142 de 1994, se refieren expresamente a la vigilancia sobre la entidad prestadora del servicio en su comprensión total. (Subraya la Sala).

b) Conflicto de competencias entre la SSPD y el departamento del Valle del Cauca. Decisión del 27 de noviembre de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00221-00(C)

El conflicto de competencias tuvo como objeto establecer la entidad competente para vigilar, inspeccionar y controlar las supuestas irregularidades administrativas que se le endilgaban a la Junta Administradora del Acueducto y Alcantarillado del Corregimiento de Montebello, Empresa Serviaguas Montebello E.S.P.

Allí, la Sala otorgó la competencia a la SSPD, luego revisar las funciones de supervisión concedidas a la entidad por el artículo 79 de la Ley 142 de 1994. Así, señaló:

En relación con la inspección, vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios y los prestadores, el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001 y adicionado por el artículo 96 de la Ley 1151 de 2007, somete a la vigilancia y control de la SSPD a **todas las entidades prestadoras** de servicios públicos domiciliarios, a partir del criterio de la naturaleza de la actividad y sin excepción alguna, cuando señala que “las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos”. La disposición contiene también, las siguientes funciones de la Superintendencia:

“(…) 1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.

“(…)

8. Solicitar documentos, inclusive contables; y practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

9. Mantener un registro actualizado de las entidades que prestan los servicios públicos.

(…)

11. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación (...).

“(…)

16. Señalar, de conformidad con la Constitución y la ley, los requisitos y condiciones para que los usuarios puedan solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como secreta o reservada por la ley.

25. Sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios.

(…)

Salvo cuando la ley disponga expresamente lo contrario, el Superintendente no podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya. El Superintendente no está obligado a visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o a pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite.

“(…)” (Resalta la Sala).

Ahora bien, argumentó la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios que el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 restringe su función en la medida en que no puede exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya. Sin embargo considera la Sala que esta limitación no es óbice para que la SSPD actúe ante irregularidades relacionadas con actos y contratos de las prestadoras, derivando una supuesta incompetencia para conocer de los aspectos subjetivos o de forma de los prestadores de servicios públicos, máxime cuando dichas faltas “subjetivas o de forma” pueden tener impacto directo en la calidad y cobertura del servicio, así como en las tarifas que deben pagar los usuarios, e incluso pueden amenazar el patrimonio de las empresas y comprometer la viabilidad y sostenibilidad del servicio.

Tampoco es posible aducir que la SSPD ejerce sus facultades de inspección, control y vigilancia únicamente en relación con la prestación del servicio público domiciliario cuando los artículos 365 y 370 constitucionales, en concordancia con los artículos 75 y 79 de la Ley 142 de 1994, se refieren expresamente a la supervisión sobre la entidad prestadora del servicio en su comprensión total.

c) Conflicto de competencias entre la Superintendencia de Sociedades y la SSPD. Decisión del 5 de septiembre de 2018. Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00098-00(C)

Este conflicto de competencias es al que alude la Superintendencia de Sociedades para rechazar su competencia en el presente caso. En la decisión del 2018, la Sala debía determinar cuál era la entidad competente para ejercer la función de inspección, vigilancia y control sobre la empresa Multipropósito de Calarcá S.A.S. E.S.P., respecto del derecho de inspección que tienen los socios sobre los libros y papeles de una sociedad simplificada por acciones.

Luego de analizar el caso concreto, la normativa aplicable, y los antecedentes de la Sala, esta concluyó que la entidad competente para conocer del asunto era la SSPD. En esta dirección determinó:

2. Sin embargo, por mandato del artículo 228 de la Ley 222 de 1995, la Competencia de la Superintendencia de Sociedades es de carácter residual, es decir, opera siempre que la respectiva sociedad no se encuentre sometida a la supervisión de otra Superintendencia.

[...]

4. Respecto al alcance de la función de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios resulta particularmente ilustrativo lo expresado por la Sala con anterioridad:

“El citado artículo 34 hace que la competencia se traslade automáticamente a la SSPD, sin que sea viable jurídicamente escindir el control de tal manera que la SES supervise únicamente la parte “formal o subjetiva” de la organización solidaria y la SSPD el aspecto “objetivo”, consistente en la prestación del servicio. La norma no lo prevé así y la competencia se debe ejercer de manera integral sobre la entidad vigilada. La tesis que pretende hacer esta distinción carece de fundamento constitucional y legal y, por el contrario, se opone a la prescripción legal que expresamente ordena la concentración de las facultades de inspección y vigilancia en el órgano estatal especializado de supervisión.

Lo que el artículo 34 significa es que la competencia, toda la competencia y no solo parte de ella, se desplaza a la otra Superintendencia, por ejercer ésta “una supervisión especializada del Estado”. No se trata de una remisión parcial, esto es, a algunos aspectos del control de la entidad vigilada, sino que se refiere a la integralidad de la inspección, vigilancia y control.

Tampoco cabe argüir que la SSPD vigila solamente el aspecto de “la prestación del servicio público domiciliario”, cuando los artículos 365 y 370 constitucionales, en concordancia con el artículo 75 de la ley 142 de 1994, se refieren expresamente a la vigilancia sobre la entidad prestadora del servicio en su comprensión total.” (Resalta la Sala).

6. La queja objeto del presente conflicto de competencias está relacionada con la aparente violación del derecho de inspección de uno de los socios de la empresa Multipropósito de Calarcá SAS E.S.P.

De esta suerte, la queja presentada corresponde a un asunto relacionado con la gestión financiera, técnica y administrativa de una empresa de servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación y con lo relacionado a publicar sus evaluaciones y proporcionar, en forma oportuna, toda la información disponible.

7. Por lo tanto, teniendo en cuenta la naturaleza de la queja presentada, el objeto social de la empresa Multipropósito de Calarcá SAS E.S.P, y lo dispuesto por los artículos 370 de la Constitución Política, 228 de la Ley 222 de 1995, y 75 y 79 de la Ley 142 de 1994, es dable concluir que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es la autoridad competente para resolver la petición realizada por la sociedad INJOMAR S.A.

Como puede observarse, en los anteriores conflictos de competencia la Sala consideró competente a la SSPD, teniendo en cuenta, por una parte, que se trataba de asuntos relacionados con la situación jurídica, contable, económica y administrativa de las sociedades analizadas, y, por otra, que la controversia involucraba competencias reconocidas a la entidad en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994.

4. El caso concreto

4.1. La superintendencia competente para supervisar a la sociedad Hidroituango

La SSPD considera que no es competente para supervisar a la sociedad Hidroituango, debido a que esta, en la actualidad, no presta efectivamente el servicio público de energía eléctrica.

Esta postura no es de recibo para la Sala, pues las facultades de supervisión reconocidas a dicha entidad no se limitan o ejercen únicamente sobre las personas que efectivamente prestan un servicio público. Por el contrario, de acuerdo con la Ley 142 de 1994, la Superintendencia puede, adicionalmente, inspeccionar, vigilar y controlar a quienes: a) desarrollan una actividad complementaria o inherente al servicio público, o b) llevan a cabo alguna de las actividades reguladas por las Leyes 142 y 143 de 1994³⁷.

Así, frente a la efectiva prestación del servicio público, la Sección Primera del Consejo de Estado señaló en el año 2015:

Cabe resaltar que la inspección, vigilancia y control, viene dada para su realización desde el mismo momento en el cual se inicia la actividad en la prestación del servicio hasta su extinción, cualquiera que sea la razón de la misma. De esta manera, la jurisprudencia ha expuesto que “la sujeción a dicho régimen especial, ha

³⁷ La posibilidad de que la SSPD ejerza la inspección, vigilancia y control en casos diferentes a la prestación efectiva del servicio público se evidencia en la propia exposición de motivos de la Ley 142 de 1994, en donde se señaló: «Por regla general, sólo las empresas destinadas a la prestación de uno de los servicios previamente enumerados, ya se trate de empresas públicas, privadas o mixtas, y todas ellas quedan sometidas al mismo régimen, con el fin colocarlas en condiciones de igualdad». Como se observa, el citado texto se refiere a “las empresas destinadas a la prestación” de un servicio público. De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, la palabra «destinar» significa «ordenar, señalar, o determinar algo para algún fin o efecto». Es decir, la empresa no necesariamente debe estar prestando el servicio público. Ahora bien, lo anterior no significa que la sola calidad de empresa prestadora de servicios públicos es suficiente para que tenga lugar la supervisión de la SSPD. Una interpretación en ese sentido, llevaría a que los recursos humanos, administrativos y financieros de la SSPD se dirijan a supervisar a personas que, aunque formalmente pueden calificarse como prestadoras de un servicio público, en la realidad no llevan a cabo ninguna actividad de este tipo. Esta situación sería claramente contraria a la filosofía y finalidad perseguida por el legislador con el otorgamiento de las funciones de inspección, vigilancia y control a la SSPD, esto es, garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios, lograr la ampliación permanente de la cobertura del servicio, y asegurar su prestación eficiente, continua e ininterrumpida. Asimismo, iría en contravía de los principios de eficacia, eficiencia, y economía que rigen la actividad administrativa.

sido entendida (...) como la contrapartida necesaria frente a los derechos y prerrogativas de autoridad pública que se reconocen a las empresas de servicios públicos domiciliarios, y, como herramienta de la intervención estatal orientada a controlar que la relación jurídica entre el usuario y la empresa cumpla el cometido que se concreta en el derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación³⁸. (Subraya la Sala).

Por su parte, el artículo 77 de la Ley 142 de 1994, el cual fue modificado por el artículo 12 de la Ley 689 de 2001, establece como función del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios ejercer la inspección, vigilancia y control tanto de dichos servicios, como de sus actividades complementarias e inherentes. Así, establece la norma:

La dirección y representación legal de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios corresponde al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios. Este desempeñará sus funciones específicas de control, inspección y vigilancia con independencia de las Comisiones de Regulación de los servicios públicos domiciliarios y con la inmediata colaboración de los Superintendentes Delegados. El Superintendente será de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República. El Superintendente de Servicios Públicos es la primera autoridad técnica y administrativa en el ramo del control, inspección y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios, sus actividades complementarias e inherentes. (Subraya la Sala).

A manera de ejemplo, en el caso del servicio de energía eléctrica, de acuerdo con el numeral 14.25 de la Ley 142 de 1994, son actividades complementarias la generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión:

14.25. Servicio público domiciliario de energía eléctrica. Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.

En lo que respecta al concepto de actividades y servicios inherentes, la SSPD se ha pronunciado en diferentes oportunidades. Así, en el concepto 907 de 2001, la Superintendencia señaló:

De lo anteriormente expuesto se deduce que la reparación y el reemplazo de los medidores por parte del prestador es inherente a la prestación del servicio y forma parte de las estipulaciones del contrato de prestación del servicio, toda vez que estos aparatos son indispensables para establecer el consumo del usuario, por lo que es procedente la inclusión del cobro del mismo dentro de la factura³⁹. (Subraya la Sala).

Asimismo, en concepto del 27 de abril de 2009 se indicó:

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Radicación número: 25000-23-24-000-2005-01325-01.

³⁹ En otra oportunidad, en el concepto 603 de 1998 la Superintendencia señaló: No obstante, al no ser considerada la facturación una actividad complementaria sino que corresponde a una actividad inherente por ser la materialización del elemento del precio, esta Entidad sí vigila la actividad para que se cumplan con los requisitos exigidos en la Ley 142 de 1994 y el Decreto 1842 de 1991 en cuanto que con dicho incumplimiento se pueda llegar a afectar en determinado momento los derechos de los usuarios de los diferentes servicios públicos domiciliarios. Es una actividad inherente porque sólo con la factura pueden los prestadores de los servicios cobrar la contraprestación por el servicio prestado y sólo es responsable de esta facturación ante la Entidad el que preste el servicio o desarrolle el objeto del contrato de condiciones uniformes.

Por lo tanto, es necesario remitirse a la definición del término "inherente" del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. En dicho diccionario, se define el término citado de la siguiente manera:

“Inherente. (Del lat. inhaerens, -entis, part. act. de inhaerere, estar unido). adj. Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello.”

(...)

En consecuencia, son inherentes los servicios que por su naturaleza están unidos a los que la Ley define como domiciliarios, sin que puedan separarse de ellos.

A título de ejemplo, puede considerarse que son inherentes los servicios que presta una empresa cuando por solicitud del usuario, aquella hace reparación o mantenimiento de una acometida o de un medidor⁴⁰. (Subraya la Sala).

Igualmente, en concepto del 8 de enero de 2015 se concluyó:

Adicionalmente, puede afirmarse que las actividades que realicen los prestadores de servicios públicos y que están sujetas a las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994, son aquellas inherentes antes mencionadas y todas aquellas que se deriven o que sean necesarias para el desarrollo de las mismas y que se encuentran, por mandato del legislador, a cargo de dichos prestadores. (Subraya la Sala).

De manera más reciente, en el 2018 los servicios inherentes se definieron en los siguientes términos: «Si bien la legislación no definió el concepto de servicios inherentes, esta oficina los ha entendido como aquellos que están relacionados directamente con la prestación de los servicios públicos domiciliarios». (Subraya la Sala).

A la luz de los conceptos anteriores, las actividades inherentes pueden definirse como aquellas que se encuentran intrínsecamente relacionadas con el servicio público, de tal manera que son necesarias para su prestación, o no pueden separarse de este.

Finalmente, la tercera situación que permite la supervisión de la SSPD sobre personas que no prestan efectivamente un servicio público, es la ejecución de una actividad regulada por las Leyes 142 y 143 de 1994.

Esta causal encuentra fundamento en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, el cual establece que están sujetas a la inspección, vigilancia y control de la SSPD, las personas que «realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994».

4.1.1. La aplicación de los criterios anteriores al caso concreto

Una vez identificadas las situaciones en las cuales la SSPD puede ejercer sus facultades de inspección, vigilancia y control, pasa la Sala a revisar su aplicación en el caso de la sociedad Hidroituango.

⁴⁰ En el concepto 184 de 2001, la entidad concluyó: En relación con los servicios inherentes no existe una definición legal de los mismos, por lo que para la interpretación de la norma habrá de estarse a su significado de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española⁵. En efecto, éste define como inherente lo "que por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa, que no se puede separar de ella", de suerte que son inherentes los servicios que por su naturaleza están unidos a los que la Ley define como domiciliarios, sin que puedan separarse de ellos. A manera de ejemplo, pueden citarse la marcación que hace un usuario desde una línea de TPBC a un teléfono móvil celular, o los servicios de valor agregado en telefonía pública básica conmutada, entre ellos los de internet cuando el usuario accede a estos por medio de una línea de TPBC.

Así, en primer lugar, observa la Sala que dicha sociedad no se encuentra actualmente prestando el servicio público de energía:

i) En efecto, tal como lo señalan las partes, la Central Hidroeléctrica Pescadero-Ituango José Tejada Sáenz se encuentra en etapa de construcción.

ii) Aunque en el año 2008 le fueron asignadas obligaciones de energía en firme⁴¹ a la sociedad Hidroituango, para el periodo comprendido entre los años 2018 y 2038⁴², en virtud del contrato BOOMT celebrado por la sociedad⁴³, dichas obligaciones fueron cedidas, inicialmente, a E.P.M Ituango S.A. E.S.P., y de forma posterior, a E.P.M. Así, en el numeral 2.10 del señalado contrato se consagró:

Cesión de derechos y obligaciones. Para efectos de que el Contratista pueda cumplir con sus obligaciones y ejercer sus derechos, las Partes entienden y aceptan

⁴¹ Obligación de Energía Firme: Vínculo resultante de la Subasta o del mecanismo que haga sus veces, que impone a un generador el deber de generar, de acuerdo con el Despacho Ideal, una cantidad diaria de energía durante el Período de Vigencia de la Obligación, cuando el Precio de Bolsa supere el Precio de Escasez. Esta cantidad de energía corresponde a la programación de generación horaria resultante del Despacho Ideal hasta una cantidad igual a la asignación hecha en la Subasta, considerando solamente la Demanda Doméstica, calculada de acuerdo con lo definido en esta resolución. CREG. Resolución 071 de 2006.

⁴² En efecto, en certificación de fecha 25 de agosto de 2008, se señala: Que conforme a lo establecido en la normatividad vigente, a Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., en su calidad de Persona Jurídica Interesada representante de la planta de generación Pescadero Ituango en el proceso de asignación a plantas o unidades GPPS efectuado para el Periodo GPPS comprendido entre el 1 de diciembre de 2014 y el 30 de noviembre de 2019, le fueron asignadas Obligaciones de Energía en Firme para el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2018 y el 30 de noviembre de 2038 (...). Asimismo, en el contrato BOOMT celebrado entre la hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. y E.P.M. Ituango S.A. E.S.P. se indicó: Obligaciones de Energía en Firme: (...) Al efecto, en la fecha de firma tales obligaciones de energía en firme como fueron asignadas a Hidroituango equivalen a 2,972,603 KWh al día para el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2018 y el 30 de noviembre de 2038. El cumplimiento de las Obligaciones de Energía en Firme tiene como contraprestación el Cargo por Confiabilidad.

⁴³ El contrato BOOMT tiene como objeto: 2.01. Objeto. En virtud de lo establecido en el presente Contrato y conforme a los términos y condiciones previstos en el mismo, el Contratista se obliga para con Hidroituango a (i) efectuar las inversiones que sean necesarias o apropiadas para la Construcción y Montaje y para la operación y mantenimiento de la Hidroeléctrica y cada parte de la misma, bien sea con recursos propios o a través de la financiación de la misma por terceros; (ii) realizar cualquiera y todas las actividades que sean necesarias, apropiadas, conexas o complementarias para llevar a cabo la construcción y montaje de las obras, los componentes y la Hidroeléctrica como un todo y para que esta y cada uno de los componentes que lo requieran entren en Operación Comercial en cumplimiento de los parámetros técnicos que resulten aplicables, incluyendo, aunque sin limitación: diseñar, planear, construir, adquirir y/o desarrollar todos los componentes, los materiales, las obras y las demás obras materiales o intelectuales requeridas durante la Etapa de Construcción, de acuerdo con el Cronograma Director, (iii) realizar cualquier actividad que sea necesaria o apropiada para que cada una de las Unidades y la Hidroeléctrica como un todo entren en Operación Comercial en o antes de la fecha establecida para tal fin en el Cronograma Director; (iv) operar y mantener la Hidroeléctrica en cumplimiento de los Parámetros Técnicos que resulten aplicables, para lo cual deberá proveer todos los servicios de operación y mantenimiento usuales, necesarios o apropiados durante la Etapa de Construcción y la Etapa O&M para que la Hidroeléctrica sea revertida a Hidroituango en operación y cumpliendo los parámetros técnicos y las demás especificaciones previstas en este Contrato; (v) Restituir, a la terminación de este Contrato y el Contrato de Usufructo por cualquier causa, los inmuebles del proyecto recibidos en usufructo; y (vi) Revertir a la terminación de este Contrato por cualquier causa, los demás Bienes del Proyecto, diferentes de los que deban ser transferidos o revertidos a las Autoridades Gubernamentales por virtud de las Disposiciones Aplicables. Todo lo anterior será realizado por el Contratista bien sea directamente o a través de Subcontratistas, según sea el caso, en los términos y condiciones previstos en este Contrato. En el evento de Terminación Anticipada, la Restitución se realizará después de cancelada la Deuda Financiera, realizado el Pago por Terminación y otorgadas las Garantías Aceptables y de liberados los Gravámenes Permitidos en favor de los Prestamistas del Proyecto.

que los Contratos Preconstructivos, los Procesos de Contratación en Curso y el Cargo por Confiabilidad se ceden al contratista en la fecha de la Escisión. El Contratista declara que ha recibido de Hidroituango los contratos Preconstructivos, los documentos correspondientes a los Procesos de Contratación en Curso y los documentos de XM en donde se acredita el Cargo por Confiabilidad y que ha recibido los Procesos de Contratación en Curso, de lo cual se levantará un acta firmada por los Representantes de las Partes en o antes de la Fecha de Firma.

Como consecuencia de la cesión anterior Hidroituango:

(i) Será liberado de toda responsabilidad en relación con el cumplimiento de las obligaciones previstas en los Contratos Preconstructivos y en los Procesos de Contratación en Curso, a partir de la fecha de la cesión;

(ii) Sin perjuicio de la responsabilidad de terceros, Hidroituango será responsable por las multas o consecuencias económicas adversas derivadas de retrasos en el Proyecto originados por actos, hechos u omisiones antes de la fecha de la cesión, incluyendo pero no limitado a la exigencia de la Garantía XM y la pérdida del Cargo de Confiabilidad. Dichas multas o consecuencias económicas adversas serán asumidas por el Contratista quién considerará tales multas o consecuencias económicas adversas como un mayor valor del Proyecto para efectos del cálculo de la remuneración previsto en el Contrato. Para efectos de calcular la responsabilidad de Hidroituango, referidos en esta sección, los retrasos en el programa de contratación, la ejecución de los Contratos Preconstructivos o en el Cumplimiento de las Obligaciones de Energía en Firme serán determinados teniendo como referencia el Cronograma Director.

Por su parte, sin perjuicio de lo anterior, el Contratista:

[...]

(v) Asumirá la totalidad de las obligaciones bajo el Cargo por Confiabilidad frente a Hidroituango a partir de la Fecha Efectiva, sin perjuicio de que ante XM el trámite de la cesión del Cargo por Confiabilidad sea autorizado posteriormente y, como consecuencia de lo anterior, Hidroituango continúe respondiendo frente a XM, siempre y cuando la CREG acepte que con al entrada en Operación Comercial de una cualquiera de las Unidades dentro del plazo concedido al tiempo del Otorgamiento de Cargo por Confiabilidad se cumple con las Obligaciones de Energía en Firme [...].

[...]

(vii) Se obligará a adelantar cualquiera y todas las gestiones y obtener todas las autorizaciones que resulten necesarias o apropiadas con el fin de que el Cargo por Confiabilidad quede efectivamente radicado a su favor como consecuencia de la cesión aquí contenida. [...].

Igualmente, en comunicación del 13 agosto de 2019, la sociedad indicó a la Sala:

(i) Al 1.1.: A partir de la suscripción del Contrato tipo BOOMT el 30 de marzo de 2011, del que hoy es contratista Empresas Públicas de Medellín E.S.P., esta entidad asumió ante la CRG las obligaciones de energía en firme a las que se refiere el punto 1, y les ha dado estricto cumplimiento.

(ii) Al 1.2.: la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. no ha participado en nuevos procesos de subasta para asignación de energía en firme, ni en actividades relacionadas con la generación, comercialización, transformación, interconexión y transmisión de energía.

Por lo tanto, aunque en virtud de dicha asignación podría pensarse que la sociedad desarrolló una actividad propia del servicio público de energía⁴⁴, al no

⁴⁴ El artículo 33 de la Resolución 071 de 2006, «por la cual se adopta la metodología para la remuneración del Cargo por Confiabilidad en el Mercado Mayorista de Energía», señala que las

tener ya a su cargo la obligación de energía en firme, no estaría prestando actual y efectivamente el servicio público.

Ahora bien, lo anterior no significa que la sociedad Hidroituango no esté sujeta a la inspección, vigilancia y control de la SSPD. Lo anterior, teniendo en cuenta: i) la calidad de actividad “inherente” al servicio de energía eléctrica que tiene la construcción de la Central Hidroeléctrica Pescadero-Ituango José Tejada Sáenz, y ii) que la construcción de dicha central es una materia regulada por las Leyes 142 y 143 de 1994.

A continuación, la Sala pasa a explicar cada una de estas razones:

4.1.1.1. La construcción de la Central Hidroeléctrica Pescadero-Ituango José Tejada Sáenz es una actividad inherente al servicio público de energía eléctrica

Como se indicó, las actividades inherentes al servicio público pueden definirse como aquellas que se encuentran intrínsecamente relacionadas con el servicio público, de tal manera que son necesarias para su prestación, o no pueden separarse de este.

obligaciones de energía en firme tienen un periodo de vigencia determinado: «No obstante, las Obligaciones de Energía Firme que se asignen a cada generador tendrán el Período de Vigencia que esté definido en las normas que rigieron la realización de la Subasta, durante el cual se pagará la correspondiente remuneración prevista en esas mismas normas, sin perjuicio de los casos de incumplimiento por parte del generador previstos en la regulación, que le afecten la asignación y su remuneración». Por su parte, el artículo 52 se refiere a la exigibilidad de las obligaciones en firme al disponer: «Exigibilidad de las Obligaciones de Energía Firme en el Despacho Ideal. Las obligaciones de energía firme serán exigibles a cada uno de los generadores remunerados por concepto de Cargo por Confiabilidad durante cada una de las horas en las que el Precio de Bolsa sea mayor que el Precio de Escasez vigente. Dichas obligaciones deberán ser cumplidas de conformidad con el Despacho Ideal». Dentro de este marco, en estricto sentido, podría pensarse que es con la ejecución de la obligación de energía en firme en el periodo de vigencia acordado, que se lleva a cabo efectivamente la prestación del servicio público. Sin embargo, encuentra la Sala que ya existe una actividad de generación de energía con la asignación de las obligaciones de energía en firme. En efecto, a pesar de que la exigibilidad de dichas obligaciones está limitada para un periodo de vigencia, la regulación aplicable califica como generador al titular de la obligación. Así, por ejemplo, el artículo 33 de la Resolución 071 de 2006 señala: «No obstante, las Obligaciones de Energía Firme que se asignen a cada generador tendrán el Período de Vigencia que esté definido en las normas que rigieron la realización de la Subasta, durante el cual se pagará la correspondiente remuneración prevista en esas mismas normas, sin perjuicio de los casos de incumplimiento por parte del generador previstos en la regulación, que le afecten la asignación y su remuneración». Por su parte, el artículo 9 establece: Artículo 9. Modificado por el Artículo 13 de la Resolución CREG-061 de 2007. Efectos del incumplimiento del cronograma de construcción o de repotenciación, o de la puesta en operación de la planta. El incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el cronograma de construcción o con la puesta en operación de la planta o unidad de generación producirá los siguientes efectos: (...) 3. El incumplimiento grave e insalvable de la puesta en operación de la planta o unidad de generación, dará lugar a: a) La ejecución de la garantía. b) La pérdida para el generador de la asignación de la Obligación de Energía Firme y la remuneración asociada a ella”. Asimismo, en los comentarios realizados a la Resolución 071 de 2006, la CREG señaló: Cargo por Confiabilidad: Cuando se hace alusión a "Generador", ¿es a la planta o al agente? Aunque en este caso es indiferente, debe especificarse para mayor claridad en cuanto a obligaciones. La Obligación de Energía firme se asigna a un agente generador que tiene una planta o unidad de Generación que respalda dicha obligación. Se introdujeron las precisiones en este sentido. (...) Para el caso de los nuevos generadores, la propuesta cuenta con un mecanismo de verificación que busca garantizar la entrada en operación de cada uno de los recursos de generación asociados a las Obligaciones de Energía Firme asignadas en la Subasta. De igual manera los nuevos generadores deberán suscribir las garantías de cumplimiento que para tal fin se establezcan.

Aplicada esta definición al caso objeto de estudio, la construcción de la Central Hidroeléctrica Pescadero-Ituango José Tejada Sáenz, sin duda alguna, constituye una actividad inherente al servicio público de energía eléctrica, pues a través de dicha construcción se hace posible la generación de energía, y de esta forma, la prestación del servicio. En otras palabras, sin la realización de dicha obra, no sería viable generar energía.

Por lo tanto, si: i) la sociedad Hidroituango tiene como objeto social y adelanta actualmente, por medio de un tercero, la construcción de la Central Hidroeléctrica Pescadero-Ituango José Tejada Sáenz, ii) la realización de esta obra constituye una actividad inherente al servicio público de energía, y iii) el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios tiene competencia para supervisar las actividades inherentes de los servicios públicos, debe concluirse que la SSPD es competente para inspeccionar, vigilar y controlar a la referida sociedad.

4.1.1.2. La construcción de la hidroeléctrica es un asunto regulado por la Ley 142 de 1994

El artículo 79 de la Ley 142 de 1994 establece que están sujetas a la inspección, vigilancia y control de la SSPD, las personas que «realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994».

A juicio de la Sala, la realización de una obra para la generación de energía es un asunto tratado, aunque sucintamente, por la Ley 143 de 1994. Así, el artículo 24 de la esta ley señala: «ARTÍCULO 24. La construcción de plantas generadoras, con sus respectivas líneas de conexión a las redes de interconexión y transmisión, está permitida a todos los agentes económicos».

Adicionalmente, el numeral 13 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 establece como una las funciones de la SSPD verificar que las obras que se realicen para la prestación del servicio público cumplan con los requisitos técnicos señalados por el respectivo ministerio:

Funciones de la Superintendencia. Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:

[...]

13. Verificar que las obras, equipos y procedimientos de las empresas cumplan con los requisitos técnicos que hayan señalado los ministerios. (Subraya la Sala).

En el caso del servicio público de energía, la realización de obras está sujeta al Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas (RETIE) expedido por el Ministerio de Minas y Energía. De acuerdo con el artículo 1º, este reglamento tiene como objeto fundamental:

[E]stablecer las medidas tendientes a garantizar la seguridad de las personas, de la vida tanto animal como vegetal y la preservación del medio ambiente; previniendo, minimizando o eliminando los riesgos de origen eléctrico. Sin perjuicio del cumplimiento de las reglamentaciones civiles, mecánicas y fabricación de equipos.

Adicionalmente, señala las exigencias y especificaciones que garanticen la seguridad de las instalaciones eléctricas con base en su buen funcionamiento; la confiabilidad, calidad y adecuada utilización de los productos y equipos, es decir, fija los parámetros mínimos de seguridad para las instalaciones eléctricas.

Están sujetos al reglamento, entre otras, las personas que construyan instalaciones eléctricas⁴⁵, las cuales son definidas como el:

Conjunto de aparatos eléctricos, conductores y circuitos asociados, previstos para un fin particular: Generación, transmisión, transformación, conversión, distribución o uso final de la energía eléctrica. La cual para los efectos del presente reglamento, debe considerarse como un producto terminado⁴⁶.

Por su parte, en el capítulo 4º del reglamento, se define a una central o planta de generación de la siguiente manera:

Central o planta de generación es el conjunto de instalaciones que contienen máquinas, generadores, motores, aparatos de control, maniobra, protección y medida, que sirven para la producción de energía eléctrica, distintas a las consideradas como plantas de emergencia.

Para efectos del presente reglamento, una central de generación por tener implícitos los procesos de transmisión, transformación, distribución y uso final, debe cumplir con los requisitos de cada proceso que le sean aplicables. Los requisitos de este capítulo son de obligatorio cumplimiento y deben ser tomados como complementarios de los contenidos en los demás capítulos del presente Anexo General.

Las disposiciones contenidas en este reglamento, son de obligatoria aplicación en todo el territorio colombiano y deben ser cumplidas por las empresas generadoras que operen en el país.

Dentro de este marco, la Central Hidroeléctrica Pescadero-Ituango José Tejada Sáenz corresponde a una central de energía, cuya construcción debe cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas (REITE) expedido por el Ministerio de Minas y Energía. En consecuencia, y a la luz de lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, la SSPD tiene la obligación de verificar que en la construcción de la referida Central Hidroeléctrica se cumpla con el correspondiente reglamento técnico.

Esta competencia encuentra plena justificación en el carácter preventivo de la función de inspección, vigilancia y control que tiene a su cargo la SSPD.

Así, la facultad de supervisión de las superintendencias corresponde a una función de policía administrativa⁴⁷:

Las potestades de inspección, vigilancia y control ejercidas por la Administración Pública respecto de diversos ámbitos de la actividad que despliegan los particulares —por ejemplo, a través de la constitución y funcionamiento de sociedades mercantiles— ha sido catalogada como una de las modalidades de la denominada función de policía administrativa o actividad administrativa de coacción,

⁴⁵ Este Reglamento debe ser observado y cumplido por todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, contratistas u operadores que generen, transformen, transporten, distribuyan la energía eléctrica; y en general, por quienes usen, diseñen, supervisen, construyan, inspeccionen, operen o mantengan instalaciones eléctricas en Colombia. Así como por los productores, importadores y comercializadores de los productos objeto del **REITE** y por los organismos de evaluación de la conformidad. Artículo 2º.

⁴⁶ REITE, artículo 3.

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2002. Radicación número: 25000-23-24-000-2001-00388-01(7342).

conceptualizada ésta por la doctrina como “el conjunto de medidas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública”⁴⁸.

Por su parte, se ha reconocido que la función de policía administrativa es de naturaleza preventiva: «La función de policía administrativa ha sido considerada como esencialmente preventiva, pues está en forma permanente y concreta dirigida a preservar el orden público interno de una comunidad»⁴⁹.

En el mismo sentido, en otra oportunidad se indicó:

La policía administrativa, de modo muy general, podría ser definida como el conjunto de medidas coercitivas utilizables por el Estado, especialmente a través de la Administración, para que los particulares ajusten sus quehaceres a fines de utilidad pública y a la preservación del orden público, de suerte que la policía administrativa está acompañada de un carácter eminentemente preventivo que la distingue de la policía judicial, encargada fundamentalmente de tomar parte en la represión y sanción de los atentados contra el orden público una vez éstos hayan ocurrido⁵⁰.

Por consiguiente, si la función de policía es de carácter preventivo y la potestad de supervisión de las superintendencias corresponde a una función de policía, es válido afirmar que la función de inspección, vigilancia y control de dichas superintendencias tiene carácter preventivo.

Esta naturaleza preventiva, ha sido aceptada por el Consejo de Estado en varias de sus providencias. Así, se ha señalado:

En este orden, se entiende que las funciones de inspección, vigilancia y control, particulares de las superintendencias –sin importar el contenido de sus funciones–, se encuentran enmarcadas dentro de las funciones de policía administrativa, que materializan, de manera preventiva, la adopción de medidas coercitivas. Estas últimas, resultan entonces necesarias para que los terceros –quienes están sujetos a la vigilancia de las superintendencias– ajusten sus actividades a lo previsto por el legislador⁵¹.

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00936-01(22984).

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de agosto de 2001. Radicación número: 08001-23-31-000-1990-3344-01(13344).

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00936-01(22984).

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 2019. Radicación número: 23001-23-31-000-2007-00073-02 (41441). En primer término, resulta necesario recordar que el artículo 189 de la Constitución Política le asignó al Presidente de la República la función de inspección, vigilancia y control de actividades como la de enseñanza (num. 21), la prestación de los servicios públicos (num. 22), las que adelanten las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora, y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público y sobre las entidades cooperativas y sociedades mercantiles (num. 24), y sobre instituciones de utilidad común (num. 26), como una manifestación del intervencionismo del Estado Social de Derecho consagrado en la Carta, y del Poder de Policía -de reglamentación y vigilancia- que le corresponde ejercer, sobre actividades de índole económica o social que afectan directamente a los asociados en su diario vivir, y con miras a la protección de sus derechos y a garantizar el cumplimiento de los cometidos estatales constitucionalmente consagrados y dirigidos básicamente a la satisfacción del interés general; se trata de funciones de control que implican la utilización de mecanismos preventivos y punitivos, que el mandatario puede delegar en las superintendencias que la ley disponga, la cual, además, conforme a lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley 489 de 1998, podrá atribuirles a estas entidades, otras funciones de la misma índole. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de marzo de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-1998-00017-00(15071). En la misma dirección, en otra oportunidad se concluyó: “Así las cosas se tiene que la principal razón de existencia de las superintendencias es el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control en cada uno de los escenarios en los que actúan los

En el caso particular de la SSPD, la jurisprudencia también ha reconocido que la potestad de supervisión que cumple esta entidad es una función de policía administrativa⁵², de naturaleza preventiva:

Sin lugar a dudas resultaría inocua la labor de la Superintendencia si el alcance de la potestad policiva a su cargo (prevención, sanción, corrección) se agotara en la imposición de una sanción pecuniaria, haciendo caso omiso de la permanencia y continuidad de las irregularidades. Incluso podría resultar en términos económicos, más favorable para el sancionado cancelar la multa que subsanar las acciones u omisiones que la causaron⁵³.

En virtud de su naturaleza preventiva, el ejercicio de la actividad de supervisión de las superintendencias se adelanta por medio de mecanismos, no solo punitivos, sino también preventivos, los cuales resultan fundamentales para proteger eficazmente los derechos de los usuarios y lograr la satisfacción del interés general⁵⁴.

Dentro de este marco, con el fin de hacer realidad el carácter preventivo de las facultades de supervisión de la SSPD, es razonable concluir que dichas facultades se deben ejercer por la entidad durante la etapa de construcción de la Central Hidroeléctrica Pescadero-Ituango José Tejada Sáenz.

particulares. Dichas potestades están enmarcadas dentro de las funciones de policía administrativa, es decir, que implica que, de manera preventiva, se adopten las medidas coercitivas necesarias para que los particulares ajusten sus actividades a la preservación del orden público. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de julio de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2006-01728-01(38815).

⁵² Al respecto, se debe señalar que ya se ha definido por esta corporación en resolución de debates sobre la interpretación restrictiva de la norma citada, que esta consagra una de las principales funciones que le corresponde a la SSPD, entidad que obra como autoridad de origen constitucional por cuyo intermedio son ejercidas las atribuciones presidenciales de control, inspección y vigilancia de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, de conformidad con el artículo 370 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 75 de la Ley 142 de 1994, las cuales, “son una de las facetas de la intervención estatal en servicios públicos y, además, una de las formas de expresión de la función de policía que en esta materia se reservó el Estado para asegurar que los servicios públicos cumplan la finalidad social que la Constitución Política les asigna, garantizando la prestación eficiente de los mismos a todos los habitantes del territorio nacional y la protección efectiva de los derechos de éstos en su calidad de usuarios de dichos servicios”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 17 de mayo de 2018. Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00465-01. 1. Resulta pertinente analizar las funciones de regulación, inspección, vigilancia y control, para efectos del análisis de las facetas de controlador y regulador de la SSPD y de la Nación Ministerio de Minas y Energía, respectivamente, de conformidad con la metodología explicada para el análisis de la demanda. Estas funciones son típicas manifestaciones de la policía administrativa, actividad administrativa por excelencia, en términos históricos. Su estudio fue, sin embargo, desplazado por el desmedido impacto que tuvo la teoría francesa del servicio público, como justificación de la existencia del Derecho administrativo. Tanto así que, se llegó a entender a la actividad de policía administrativa como un poder o instrumento de la Administración para lograr la prestación efectiva de los servicios públicos. 2. En la actualidad es clara la naturaleza de la policía como actividad administrativa que, implica, sin lugar a dudas, el ejercicio de una función administrativa. Así, la finalidad de la policía administrativa es la preservación del orden público, a través de la concreción de reglas y actos materiales, que en las más de las veces presuponen la limitación de derechos de los asociados. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de mayo de 2019. Radicación número: 27001-23-31-000-2004-00699-01(35783).

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 30 de noviembre de 2000. Radicación número: 6353.

⁵⁴ «Así las cosas, las funciones de control que implican la utilización de mecanismos preventivos y punitivos, que el Presidente de la República, previa autorización legal, puede delegar en las superintendencias, en su calidad de autoridades supervisoras, conforme a lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley 489 de 29 de diciembre 1998». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 9 de mayo de 2019. Radicación número: 25000-23-24-000-2009-00199-01.

El ejercicio de las potestades de inspección, vigilancia y control por parte de la SSPD durante la etapa de construcción de la hidroeléctrica permite verificar que dicha obra se realice de conformidad con las normas técnicas correspondientes, lográndose de esta manera prevenir o precaver la materialización de situaciones constructivas que, de ocurrir, afecten la prestación eficiente, continua, ininterrumpida y de calidad del servicio público.

Una interpretación distinta impediría dicho control preventivo; y llevaría al absurdo, por ejemplo, de que la SSPD no pudiera intervenir durante la etapa de construcción, aun si tuviera conocimiento de presuntas infracciones a las normas técnicas o de graves situaciones que afecten la infraestructura en construcción. En este caso, la entidad tendría que esperar forzosamente a que finalizara la obra, con dichos errores, y se empezara a prestar efectivamente el servicio público.

En suma, aunque en la actualidad la sociedad Hidroituango no presta efectivamente el servicio público de energía eléctrica, se encuentra en todo caso sujeta a la inspección, vigilancia y control de la SSPD. Lo anterior, teniendo en cuenta: i) lo dispuesto en los artículos 75, 77 y 79 de la Ley 142 de 1994 y ii) que la construcción de la Central Hidroeléctrica Pescadero-Ituango José Tejada Sáenz corresponde a una actividad regulada por las Leyes 142 y 143 de 1994, e inherente al servicio público de energía eléctrica.

Ahora bien, una vez establecido que la SSPD puede supervisar a la sociedad Hidroituango, es necesario determinar cuál es la Superintendencia competente para dar cumplimiento a: i) lo solicitado por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, a través del oficio número 237 del 8 de febrero 2019 (radicado ante la Superintendencia de Sociedades el 11 de febrero de 2019 con el número 2019-01-028390), y ii) el auto número 00060 del 21 de enero de 2019 de la ANLA.

A continuación la Sala pasa a analizar por separado cada uno de estos asuntos:

4.2. La petición de supervisión realizada por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios a través del oficio No. 237 del 8 de febrero 2019

En petición del 8 de febrero de 2019, la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios solicitó a la Superintendencia de Sociedades

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales que le asigna el artículo 277 Superior a la Procuraduría General de la Nación, y con el propósito de salvaguardar los derechos y demás garantías fundamentales de las personas en situación de emergencia generada por las obras desarrolladas en el Proyecto Hidroeléctrico Pescadero-Ituango, este despacho advierte nuevas situaciones de amenaza latente que no fueron comunicadas oportunamente por parte de EPM, lo que genera total incertidumbre frente al nivel de riesgo del Proyecto, así como falta de control sobre la infraestructura utilizada en su ejecución.

[...]

En tal dimensión, emerge como obligación para el Estado Colombiano el deber de supervisión sobre el cumplimiento de las normas societarias, y el ejercicio de control administrativo sobre operadores públicos y privados involucrados en este proyecto, a través del monitoreo de las actividades que ejecutan estas empresas dentro del giro ordinario de sus negocios. En consecuencia, y sin perjuicio de las demás actividades de supervisión efectiva, oportuna y rigurosa, o de otros controles que deban adelantarse en el ámbito de su competencia, se requiere a la Superintendencia de Sociedades para que en los términos de la Ley 222 de 1995 y

del Decreto 4350 de 2006, compilado en el Decreto 1074 de 2015, mediante acto administrativo y con carácter prioritario, someta a HIDROITUANGO a vigilancia y control, teniendo en cuenta que han suministrado información que presuntamente no se ajusta a la realidad, circunstancia que amerita el inicio inmediato de las correspondientes investigaciones administrativas, previa práctica de visitas que conduzcan a adoptar las medidas que permitan subsanar las presuntas irregularidades en que hayan podido incurrir en desarrollo de su objeto social; y, de ser necesario, se adopte alguna de las medidas de intervención y se designe un agente interventor para estos efectos (num. 1º art. 9º y art. 11 Decreto 4334 de 2008).

Como puede observarse, el Ministerio Público solicitó a la referida Superintendencia:

- i) Someter a vigilancia y control a la sociedad Hidroituango, por haber suministrado información que presuntamente no se ajusta a la realidad.
- ii) Iniciar las investigaciones administrativas correspondientes, previa realización de visitas que permitan adoptar las medidas requeridas para subsanar las presuntas irregularidades en que haya incurrido la sociedad en el desarrollo de su objeto social, y
- iii) Adoptar medidas de intervención y designar un agente interventor, de ser necesario.

Así, el presente conflicto de competencias versa, en este punto, sobre la entrega de información y la realización de actividades relacionadas con el objeto social de la sociedad Hidroituango.

Frente a lo solicitado en la referida comunicación del 8 de febrero de 2019, considera la Sala que la SSPD es la autoridad competente para darle cumplimiento. Lo anterior, con fundamento en las siguientes razones:

- i) El objeto social de la sociedad Hidroituango consiste en «la promoción, diseño, construcción, operación, mantenimiento y comercialización de la energía a nivel nacional e internacional de la Central Hidroeléctrica Pescadero – Ituango José Tejada Sáenz».
- ii) La sociedad Hidroituango está sujeta a la inspección, vigilancia y control de la SSPD, pues la construcción de la Central Hidroeléctrica Pescadero-Ituango José Tejada Sáenz es una actividad regulada por las Leyes 142 y 143 de 1994 e inherente al servicio público de energía eléctrica.
- iii) Según el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, la SSPD tiene las siguientes funciones:

1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.

[...]

11. <Numeral modificado por el artículo 87 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación; publicar sus evaluaciones y proporcionar, en forma oportuna, toda la información disponible a quienes deseen hacer evaluaciones independientes. La Superintendencia podrá imponer programas de gestión para las empresas que amenacen de forma grave la

prestación continua y eficiente de un servicio los cuales estarán basados en los indicadores de prestación y la información derivada de la vigilancia e inspección efectuadas a las mismas, cuyo incumplimiento podrá ser sancionado en los términos de esta ley. De igual manera podrá definir criterios diferenciales para adelantar el control, inspección y vigilancia a los prestadores de acueducto, alcantarillado y aseo en áreas rurales.

[...]

13. Verificar que las obras, equipos y procedimientos de las empresas cumplan con los requisitos técnicos que hayan señalado los ministerios.

[...]

22. Verificar la consistencia y la calidad de la información que sirve de base para efectuar la evaluación permanente de la gestión y resultados de las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia, así como de aquella información del prestador de servicios públicos que esté contenida en el Sistema Único Información de los servicios públicos.

Como se evidencia de la norma citada, la SSPD tiene facultades de inspección, vigilancia y control en relación con el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que están sometidos las empresas prestadoras de servicios públicos; la gestión financiera, técnica y administrativa de estas; la calidad y consistencia de la información entregada; y la verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos para la realización de obras.

En consecuencia, en virtud de: i) lo solicitado por el Ministerio Público, ii) el objeto social de la sociedad Hidroituango, y iii) lo establecido en los artículos 75, 77 y 79 de la Ley 142 de 1994 y 24 de la Ley 143 de 1994, la SSPD es la entidad competente para resolver la petición de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios del 8 de febrero de 2019.

4.3. La competencia para informar a la ANLA acerca del inicio de un proceso de disolución y liquidación de la sociedad Hidroituango, o de un trámite para su modificación

El conflicto de competencias suscitado entre las Superintendencias de Sociedades y de Servicios Públicos Domiciliarios tiene también origen en el auto número 0060 del 21 de enero de 2019, proferido por la ANLA. En dicho auto, la señalada entidad indicó:

Por último, es preciso destacar que con el fin de garantizar la efectiva protección de los bienes que componen el medio ambiente, los autos que den inicio a un procedimiento administrativo ambiental de carácter sancionatorio de conformidad con lo establecido en la Ley 1333 de 2009, podrán también, ser comunicados a la Superintendencia de Sociedades, con el fin de que esta, en aplicación del principio de coordinación y colaboración armónica entre las entidades del Estado, informen de ser el caso, el momento en que las personas jurídicas que hacen parte de una determinada investigación, empiecen un proceso de disolución y liquidación de tipo societario, así como cualquier trámite que las modifique.

Lo anterior, como una medida previsoras ante una eventual decisión adversa a la sociedad objeto de investigación, y por ende la declaratoria de algún tipo de responsabilidad en los términos de la Ley 1333 de 2009, si hay lugar a ello.

En desarrollo de lo anterior, en la parte resolutive se ordenó que dicho auto fuera comunicado a la Superintendencia de Sociedades para su conocimiento y fines pertinentes⁵⁵.

Ante la negativa de las entidades en conflicto para ejercer esta competencia, es necesario determinar la autoridad competente para informar a la ANLA acerca del inicio: i) de la disolución y liquidación de la sociedad Hidroituango, y ii) de un trámite para su modificación.

Para resolver estos interrogantes, debe tomarse en cuenta lo siguiente:

i) La Ley 1116 de 2006⁵⁶ excluyó expresamente a las empresas de servicios públicos domiciliarios de su ámbito de aplicación. Así, el artículo 2º establece:

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

Por su parte, el artículo 3º dispone: «PERSONAS EXCLUIDAS. No están sujetas al régimen de insolvencia previsto en la presente ley: «[...] 7. Las empresas de servicios públicos domiciliarios».

La exclusión de las empresas de servicios públicos del régimen de la Ley 1116 de 2006 tiene justificación en el interés público que rodea a estas empresas, en virtud del cual, frente a una situación de insolvencia, debe prevalecer una actuación administrativa y no judicial. Así, en concepto del 16 de julio de 2009, la Superintendencia de Sociedades indicó:

De otro lado, dichas empresas no pueden acceder al Régimen de Insolvencia regulado por la Ley 1116 de 2006, a través de los procesos concursales allí previstos. En efecto, el artículo 3º ibídem, preceptúa que “No están sujetas al régimen de insolvencia...7. Las empresas de servicios públicos domiciliarios” (El subrayado por fuera del texto). Del estudio de las (sic) norma ante transcrita, se desprende que el legislador excluyó expresamente del ámbito de aplicación del régimen de insolvencia, entre otras, a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, por lo tanto, ellas no pueden acceder al mismo.

Tal exclusión, puede obedecer, a juicio de este Despacho, al interés público altamente calificado que exige que en caso de insolvencia de las referidas

⁵⁵ «ARTÍCULO SÉPTIMO: Comunicar este auto a la Superintendencia de Sociedades, para su conocimiento y fines pertinentes».

⁵⁶ «Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones». El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.

El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.

El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias. Ley 1116 de 2006, artículo 1º.

empresas, se adopten medidas ejecutivas y no judiciales, máxime si se tiene en cuenta que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 y siguientes de la Constitución Política “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dicho servicio [...]”⁵⁷.

Al no estar las empresas de servicios públicos domiciliarios sujetas al régimen previsto en la Ley 1116 de 2006, no les resulta aplicable el procedimiento allí establecido para su reorganización y liquidación judicial⁵⁸.

En línea con lo anterior, y en atención a que su inspección, vigilancia y control se encuentra en cabeza de la SSPD, el procedimiento para la recuperación de sus negocios (toma de posesión) y liquidación (forzosa) debe adelantarse ante dicha Superintendencia⁵⁹, siguiendo lo dispuesto en los artículos 121⁶⁰ y siguientes de la Ley 142 de 1994.

⁵⁷ Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-099512 del 16 de Julio de 2009.

⁵⁸ d) Luego, es claro que las empresas de servicios públicos domiciliarios no pueden acceder al régimen de insolvencia regulado en la Ley 1116 de 2006 en sus dos modalidades: proceso de reorganización y liquidación judicial, por haber sido excluidas expresamente del mismo. e) Ahora bien, si la empresa de servicios públicos domiciliarios de que se trate no se encuentran sometida a un régimen especial de recuperación de sus negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar, puede acceder a la liquidación privada o voluntaria, según los términos que a continuación se explican: i) La liquidación privada o voluntaria, es la consecuencia de la declaratoria de disolución de una compañía por ocurrencia de unas de las causales previstas en los estatutos o en la ley, es decir, las generales previstas para cualquier tipo de sociedad, y las especiales de acuerdo con el tipo societario de que se trate. ii) Ahora bien, el trámite liquidatorio aludido se encuentra íntegramente regulado por los artículos 225 al 249 del Código de Comercio, el cual se adelanta por un liquidador nombrado conforme a los estatutos o a la ley, o en su defecto, por la Superintendencia de Sociedades, cuando agotados los medios para tal efecto, esta no se haga, en cuyo caso, cualquiera de los socios podrá solicitar a dicho organismo se nombre el respectivo liquidador. iii) Conforme al artículo 124 de la Ley 1116 de 2006, en concordancia con el artículo 6º del Decreto 2300 de 2008, en el trámite de la liquidación privada de sociedades mercantiles, a esta Entidad únicamente le corresponde impartir la aprobación del inventario del patrimonio social. Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-043998 del 22 de febrero de 2016.

⁵⁹ «En consecuencia, y teniendo en cuenta que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, se encuentran sometidas a la control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, es ante ésta que debe adelantarse un proceso especial de recuperación de sus negocios (toma de posesión para administrar) o su correspondiente liquidación, según el caso». Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-099512 del 16 de julio de 2009.

⁶⁰ ARTÍCULO 121. PROCEDIMIENTO Y ALCANCES DE LA TOMA DE POSESIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. La toma de posesión ocurrirá previo concepto de la comisión que regule el servicio, y puede realizarse también para liquidar la empresa. No requiere citaciones o comunicaciones a los interesados antes de que se produzca el acto administrativo que la ordene; pero tal acto, que se notificará al representante legal de la empresa o, en su defecto, a cualquier funcionario que se encuentre en las dependencias de ésta, es recurrible en el efecto devolutivo.

La Superintendencia podrá pedir a las autoridades competentes, en el evento de toma de posesión, que declaren la caducidad de los contratos de concesión a los que se refiere esta Ley. Los ingresos de la empresa se podrán utilizar para pagar los gastos de la administración de la Superintendencia. Cuando la toma de posesión no sea una sanción para la empresa, se la indemnizará plenamente por los perjuicios que le pueda haber ocasionado.

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

Se aplicarán, en estos casos, y en cuanto sean pertinentes, las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras. Las referencias que allí se hacen respecto a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se entenderán hechas a la Superintendencia

ii) La Superintendencia de Sociedades no conoce, en principio, de la disolución y liquidación voluntaria de las empresas de servicios públicos domiciliarios⁶¹.

de servicios públicos; las que se hacen al Consejo Asesor se entenderán referidas a la comisión de regulación; las hechas a los ahorradores se entenderán hechas respecto a los acreedores; y las hechas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se tratarán como inexistentes.

ARTÍCULO 122. RÉGIMEN DE APORTES EN EVENTOS DE REDUCCIÓN DEL VALOR NOMINAL. La Superintendencia, en el evento de la reducción en el valor nominal de los aportes a las empresas de servicios públicos cuyo capital esté representado en acciones, podrá disponer que sólo se emitan títulos de acciones por valores superiores a una décima parte de un salario mínimo.

ARTÍCULO 123. NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADOR; PROCEDIMIENTO. La liquidación de las empresas de servicios públicos se hará siempre por una persona que designe o contrate la Superintendencia; el liquidador dirigirá la actuación bajo su exclusiva responsabilidad, y la terminará en el plazo que señale el Superintendente. El liquidador tendrá las facultades y deberes que corresponden a los liquidadores de instituciones financieras, en cuanto no se opongan a normas especiales de esta Ley.

⁶¹ 1. Cuando una sociedad es vigilada por la Superintendencia de Sociedades, y esa sociedad entra en causal de disolución por pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, ¿debe notificarle a la Superintendencia de Sociedades el advenimiento de dicha causal de disolución?

(...)

Al respecto es necesario aclarar al consultante que las facultades de la Superintendencia de Sociedades son regladas y en virtud de las mismas, la ley ha dispuesto la necesidad de la intervención de la entidad en asuntos de relevancia para conservar el orden público, económico y social.

Por lo anterior, es importante resaltar que la ley no ha dispuesto que la Superintendencia de Sociedades, deba intervenir en la declaratoria las causales de disolución, sin embargo, dejó a disposición de la entidad o de las partes, la necesidad de intervenir con la declaratoria debida, razón ésta facultativa de oficio o por solicitud de las partes.

Ahora bien, no es que exista autorización alguna, pero frente a las diferencias entre las partes para declarar la causal de disolución, en las empresas vigiladas, a solicitud de parte esta Superintendencia, podrá intervenir para declarar la causal respectiva.

Así las cosas, se ha referido la Superintendencia de Sociedades al respecto:

" (...) De conformidad con lo expuesto anteriormente y analizadas las disposiciones de la ley 222, las únicas atribuciones que en esta materia conserva la Superintendencia de Sociedades, son las siguientes:

2.1. Decretar la disolución de la sociedad y ordenar la liquidación del patrimonio cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.

2.2. Designar al liquidador en los casos previstos en la ley, es decir, cuando agotados los medios establecidos en la ley o en el contrato social no fuere posible llevar a cabo la designación. Esta facultad se ejercerá sobre sociedades inspeccionadas y vigiladas..."

Efectuadas las precisiones que anteceden, la respuesta a los interrogantes planteados se resuelven en su orden de la siguiente manera:

1. No es función de la Superintendencia de Sociedades, otorgar autorización para solemnizar la reforma correspondiente a la modificación del término de duración de la sociedad; en tal virtud, no tiene la obligación de solicitar autorización para el efecto.

2. Si los accionistas no se ponen de acuerdo sobre la necesidad de disolver anticipadamente la sociedad, ésta deberá continuar ejerciendo su objeto social hasta el vencimiento del término de duración.

No obstante lo anterior, en ejercicio de las atribuciones conferidas por los ordinales 5° y 6°, del artículo 84 de la Ley 222 de 1995, si se trata de una sociedad vigilada y se encuentra en cualquiera de los presupuestos de disolución señalados en los numerales 2°, 3°, 5° y 8°, del Estatuto Mercantil sin que los socios hubieren declarado disuelta la sociedad por ocurrencia de la causal respectiva, de acuerdo con el literal a) del artículo 6° del Decreto 4350 del 4 de diciembre de 2006, el Superintendente podrá decretar su disolución, ordenar la liquidación y adoptar las medidas a que haya lugar.

Ahora bien, las sociedades sujetas a inspección por parte de la Superintendencia de sociedades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 627 del Código de Procedimiento Civil, siempre que no se hubiere pactado cláusula compromisoria, caso en el cual la decisión corresponderá al respectivo tribunal de arbitramento, cualquiera de los socios podrá solicitar al juez declarar judicialmente la disolución y decretar la liquidación de la sociedad, la cual se adelantaría mediante un

iii) La SSPD sí conoce de dicha situación. Así, ante la disolución y liquidación de una empresa de servicios públicos domiciliarios, sus administradores deben dar aviso a esta entidad. Lo anterior, de conformidad con el numeral 13 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994 que consagra:

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 ocasionen⁶².

Por lo tanto, cuando una empresa de servicios públicos domiciliarios se vea inmersa en una situación de disolución, debe informarlo a la SSPD.

Igualmente, el artículo 61 de la Ley 142 de 1994 señala que cuando una empresa de servicios públicos entre en un proceso de liquidación, debe informar de dicha situación a la autoridad competente. Lo anterior, con el propósito de asegurar la prestación ininterrumpida del servicio. Dispone la referida norma:

Cuando por voluntad de los socios, por configurarse una causal de disolución o por decisión del Superintendente de Servicios Públicos, una empresa de servicios públicos entre en proceso de liquidación, el representante legal o el revisor fiscal deberá dar aviso a la autoridad competente para la prestación del respectivo servicio, para que ella asegure que no se interrumpa la prestación del servicio. Si no se toman las medidas correctivas previstas en el artículo 220 del Código de Comercio, la liquidación continuará en la forma prevista en la ley.

En la misma dirección, la SSPD ha reafirmado la obligación de que se le informe de la liquidación de una empresa de servicios públicos domiciliarios:

Conforme a lo anterior se puede concluir que (i) la liquidación de empresas de servicios públicos domiciliarios puede ser voluntaria o forzosa, (ii) que las

procedimiento abreviado.[...]. Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-018273 del 15 de marzo de 2019.

⁶² En este orden de ideas y siendo consecuentes con lo expuesto, en relación con sus interrogantes, debemos afirmar: Las Empresas de servicios públicos pueden disolverse por causales consagradas en los estatutos sociales. En los eventos en que se configure la causal de disolución, es obligación de los administradores (representante legal y junta directiva): Realizar todas las actividades necesarias para no interrumpir la prestación del servicio público. Dar aviso a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la autoridad o comisión competente para la prestación del servicio". Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-036947 del 27 de mayo de 2008. "Bajo este contexto, es claro que para efectos de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, es obligación de los prestadores que se encuentren incursos en una causal de disolución, informar con la debida anticipación su intención de liquidarse, tanto a la entidad competente para la prestación del respectivo servicio, esto es al ente territorial encargado de garantizar la prestación (municipio, distrito, departamento), como a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en su condición de entidad de vigilancia y control. Así las cosas, al ser esta una obligación contemplada en el Régimen de los servicios públicos domiciliarios, y que por ende, debe ser atendida por los prestadores, su incumplimiento puede acarrear la imposición de las sanciones consagradas en el mismo, por parte de la Superintendencia, en ejercicio de sus funciones de vigilancia y control. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 190 de 2017.

liquidaciones voluntarias tienen previsto un procedimiento especial en el Código de Comercio, pero en el evento en que con su ejecución se pueda ver afectada la prestación del servicio, esta Superintendencia puede tomar las acciones necesarias para precaver tal afectación, y (iii) que cuando una empresa de servicios públicos domiciliarios entre en liquidación forzosa y esta medida sea tomada por la Superintendencia en ejercicio de sus funciones de inspección, control y vigilancia, la empresa liquidada debe dar cumplimiento a lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con lo previsto en la Ley 142 de 1994, sobre tomas de posesión.

[...]

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones se responde:

1. La decisión de liquidar una empresa de servicios públicos mixta, cuando quiera que no se presente una causal de liquidación obligatoria o esta Superintendencia haya tomado tal determinación, corresponderá a los dueños o accionistas de esta, a través del organismo que estatutariamente tenga competencia para hacerlo, para lo cual (i) se deberán adoptar las medidas pertinentes a efectos de que se garantice la prestación continua del servicio público a cargo de la empresa que entra en liquidación y (ii) se deberá dar aviso a la autoridad competente para prestar el servicio y a esta Superintendencia para lo de su competencia⁶³.

iv) Dentro de este marco, al conocer la SSPD de la disolución y liquidación de las empresas de servicios públicos domiciliarios, es dable concluir que sea esta entidad la que deba informar a la ANLA del inicio de un proceso de disolución y liquidación de la sociedad Hidroituango, en caso de que este llegara a ocurrir.

v) Ahora bien, en caso de que tenga lugar la fusión o escisión de la sociedad Hidroituango, la competencia para autorizar dicha modificación e informar a la ANLA se encuentra radicada en cabeza de la Superintendencia de Sociedades.

Lo anterior, teniendo en cuenta que: i) esta Superintendencia es la autoridad competente para autorizar las reformas estatutarias consistentes en la fusión y escisión⁶⁴ de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, y ii) la competencia residual otorgada por el artículo 228 de la Ley 222 de 1995.

⁶³ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 633 del 4 de septiembre de 2018. Bajo este contexto, y para efectos de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 142 de 1994, es obligación de los prestadores, cuando se encuentren en los casos de liquidación voluntaria, informar con la debida anticipación su intención de liquidarse, tanto a la entidad competente para la prestación del respectivo servicio, esto es al ente territorial encargado de garantizar la prestación (municipio, distrito, departamento), como a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sin que esto signifique, que esta última tenga la facultad de autorizar las liquidaciones voluntarias de las empresas, o el deber de emitir pronunciamientos previos al respecto, salvo en los casos en que el trámite de liquidación pueda afectar la prestación del servicio, caso en el cual, podrá adoptar las acciones requeridas para precaver y evitar tal afectación, de acuerdo con lo señalado en la disposición referida. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 590 de agosto 16 de 2018.

⁶⁴ [N]o está expresamente asignada como función de su despacho la de autorizar fusiones entre sus vigiladas, más aún, en la parte final del mismo se prohíbe al Superintendente de Servicios Públicos "exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya", salvo que la ley disponga otra cosa. No encontrándose tal facultad asignada a la Superintendencia de Servicios Públicos, no está en capacidad de ejercerla y por lo tanto se debe recurrir a la competencia residual que establece el artículo 228 de la Ley 222 de 1995 para esta Entidad en concordancia con el artículo 22 del Decreto 1080 del 19 de junio de 1996 que estipuló "Las facultades que de conformidad con el artículo 228 de la Ley 222 de 1995 le corresponde ejercer a la Superintendencia de Sociedades respecto de sociedades vigiladas por otras Superintendencias, son las consagradas en el artículo 84 de la misma ley", el cual en su numeral 7o. asigna como función de esta Superintendencia la de "autorizar las reformas

vi) En lo que respecta a la transformación de la citada sociedad, la SSPD ha reconocido que ella debe ser informada. Así, en concepto del año 2009 indicó:

No obstante, entendemos que frente a una situación de transformación o insolvencia, al encontrarse las empresas de servicios públicos en un entorno de libertad de competencia y en una situación en la que no hay afectación del servicio, siempre que se den las condiciones previstas en la ley, es posible acudir a procesos de transformación empresarial o de liquidación voluntaria dentro del marco de la Ley 142 de 1994, especial de servicios públicos domiciliarios, procesos respecto de los cuales no hay intervención de esta SSPD, salvo en lo que respecta a dar aviso con anticipación sobre dicho proceso, en razón a que se puede afectar la prestación del servicio⁶⁵.

Por lo tanto, de llegar a producirse la transformación de la sociedad Hidroituango, corresponde a la SSPD informar a la ANLA.

Finalmente, resalta la Sala que las competencias aquí señaladas deben ser ejercidas por las Superintendencias de Sociedades y de Servicios Públicos Domiciliarios atendiendo los principios de coordinación y colaboración armónica, consagrados en los artículos 113 y 209 de la Constitución Política, así como el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011.

En virtud de lo anterior, las señaladas entidades deben estar prestas a apoyarse mutuamente, para de esta manera, lograr un ejercicio eficaz y eficiente de sus competencias. Esto resulta fundamental en el presente caso, teniendo en cuenta la magnitud, la complejidad, el interés nacional y la importancia del proyecto hidroituango para asegurar la satisfacción de las necesidades de energía eléctrica del país.

4.4. La reserva del informe de visita realizado por la Superintendencia de Sociedades a la sociedad Hidroituango

En oficio radicado en la Sala el 24 de julio de 2019, el superintendente de Sociedades allegó el informe de visita a la sociedad Hidroituango, llevada a cabo entre el 12 y 18 de junio de 2018. Sin embargo, en el mismo oficio la Superintendencia solicitó:

estatutarias consistentes en fusión y escisión". En consecuencia será la Superintendencia de Sociedades la encargada de autorizar la fusión de las sociedades motivo de su consulta, por lo tanto se servirá informar a las sociedades GASORIENTE S.A. E.S.P. y GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P. que deben agotar el trámite establecido en el artículo 172 y siguientes del Código de Comercio y solicitar la autorización de esta Superintendencia, ante la intendencia regional de Bucaramanga". Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-6284. "Como la facultad para autorizar las reformas estatutarias consistentes en escisión y/o fusión, respecto de las sociedades o empresas prestadoras de servicios, no ha sido asignada de manera expresa por el legislador a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ésta le corresponde privativamente, por competencia residual, a la Superintendencia de Sociedades (art. 228 en armonía con el 84, numeral 7 de la Ley 222/95), actuación que supone la verificación sobre la sujeción de la operación a todas y cada una de las disposiciones legales correspondientes. Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-36181.

⁶⁵ Frente a la transformación, fusión y escisión de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la SSPD ha señalado: Precisamente, en lo que tiene que ver con procesos de transformación, fusión o escisión de empresas de servicios públicos domiciliarios, se tiene que dichas actividades, que escapan de lo directamente relacionado con la prestación del servicio público domiciliario, no son objeto de la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia, no obstante lo cual no escapan de la órbita de vigilancia del Estado que las ejercerá a través del ente encargado para ello que es la Superintendencia de Sociedades. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 543 del 18 de junio de 2009.

Sobre este particular y atendiendo a que el citado informe contiene opiniones, puntos de vista y conclusiones que hacen parte del proceso de análisis, estudio y deliberación de los funcionarios que realizaron las visitas y el informe, respetuosamente solicito que el mismo, se mantenga en reserva de las sociedades vinculadas en este asunto como son: HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A E.S.P. y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. Lo anterior en consideración a lo establecido en el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014.

El citado parágrafo señala: «Parágrafo. Se exceptúan también los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos».

Teniendo en cuenta lo manifestado y solicitado por la Superintendencia de Sociedades, y lo consagrado en el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, la Sala ordenará que se mantenga la correspondiente reserva.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR competente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para resolver la petición realizada por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, a través del oficio número 237 del 8 de febrero 2019 (radicado ante la Superintendencia de Sociedades el 11 de febrero de 2019 con el número 2019-01-028390), de acuerdo con la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR competente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para informar a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), según lo ordenado en el auto número 00060 del 21 de enero de 2019, de la disolución, liquidación y transformación de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., en caso de que esta llegara a ocurrir.

TERCERO: DECLARAR competente a la Superintendencia de Sociedades para informar a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), según lo ordenado en el auto número 00060 del 21 de enero de 2019, de la fusión o escisión de la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P, en caso de que esta llegara a ocurrir.

CUARTO: MANTENER la reserva del informe de visita a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P, realizada por la Superintendencia de Sociedades entre el 12 y 18 de junio de 2018.

QUINTO: REMITIR a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Superintendencia de Sociedades para lo de su competencia.

SEXTO: COMUNICAR esta decisión a: i) la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ii) la Superintendencia de Sociedades, iii) la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, iv) la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., v) las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., vi) la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y vii) la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).

SÉPTIMO: ADVERTIR que los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr, según el caso, a partir del día siguiente a aquél en que se comunique la presente decisión.

OCTAVO: ADVERTIR que contra la presente decisión no procede recurso alguno, tal y como lo dispone expresamente el inciso 3º del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

COPIESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala

GERMÁN BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala