

CONCEPTO 683 DE 2019

(noviembre 20)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Ref. Solicitud de concepto^[1]

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo [11](#) del Decreto 990 de 2002^[2], la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superservicios es competente para "...absolver las consultas jurídicas externas relativas a los servicios públicos domiciliarios".

ALCANCE DEL CONCEPTO

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

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

CONSULTA

Las consultas elevadas, de idéntico contenido, una trasladada por la Superintendencia de Sociedades y la otra formulada directamente por la peticionaria, refieren una serie de preguntas relativas a los requisitos de constitución, registro y reporte de información de las empresas de servicios públicos domiciliarios, constituidas bajo la modalidad de SAS.

Por estas razones, los interrogantes planteados serán transcritos y respondidos en el acápite de conclusiones.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley [142](#) de 1994^[5]

Resolución CRA [720](#) de 2015^[6]

Resolución CRA [853](#) de 2018^[7]

Oficio Supersociedades 220-057303 del 20 de marzo de 2009

Oficio Supersociedades 220-081657 del 9 de junio de 2009

Oficio Supersociedades 220-115728 del 19 de agosto de 2013

Oficio Supersociedades 220-001757 del 15 de enero de 2016

Concepto Unificado [35](#) de 2017

Concepto SSPD-OJ-2014-[202](#)

Concepto SSPD-OJ-2015-[032](#)

Concepto SSPD-OJ-2016-[245](#)

Concepto SSPD-OJ-2019-[414](#)

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que la consulta versa sobre aspectos relacionados con la ratificación de la línea conceptual de esta Superintendencia, según la cual las empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas bajo la tipología social de Sociedades por Acciones Simplificadas – SAS, deben ajustarse al régimen jurídico previsto por el legislador en la Ley [142](#) de 1994 y demás normas concordantes, a continuación, reiteraremos lo señalado en el Concepto SSPD-OJ-2019-[414](#), en los siguientes términos:

“Sobre el particular es preciso señalar que, previo a la actualización del Concepto Unificado No. [35](#) de 2017, por años esta Superintendencia reiteró la posibilidad de que las empresas se constituyeran como sociedades por acciones simplificadas – SAS, pero, era el régimen de la Ley [142](#) de 1994 el especial que debía aplicarse por todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, sin que fuera relevante el tipo societario escogido al momento de conformarse.

En ese sentido, las personas que constituyeran empresas de servicios públicos domiciliarios, bajo dicha modalidad, debían hacerlo bajo los criterios previstos por los numerales 19.9 y 19.12 de la Ley [142](#) de 1994, bajo el principio de pluralidad de socios, el cual se deducía, aun con la excepción del artículo [20](#) ibídem y, en lo relacionado con la creación de la junta directiva, al amparo de los numerales 19.4, 19.7, 19.9, 19.11, 19.13, y 19.16 de la misma norma; de suerte que cualquier entendimiento distinto, suponía una interpretación ajena y contraria al régimen de los servicios públicos domiciliarios.

De este modo, en el período comprendido entre el año 2008 y a mediados del segundo trimestre del año 2017, la posición jurídica de la entidad se encontraba en las respuestas otorgadas en su momento a las solicitudes de concepto y no era otra que, aun cuando la sociedad por acciones simplificada era un tipo societario de aquéllas sociedades por acciones por expresa remisión de la normativa especial el número mínimo de socios de una SAS debía ser de 5, y no de mínimo 1, pues se aplicaba con preferencia las estipulaciones especiales que sobre la materia societaria señalaba la Ley [142](#) de 1994.

Posteriormente, a partir del mes de mayo de 2017, y con ocasión de la expedición del Concepto Unificado No. [35](#) de 2017, la posición jurídica de la entidad, respecto del tratamiento de las SAS, fue modulada en el sentido de indicar que “aspectos como los relativos al número de socios con que dichas empresas pueden constituirse, la necesidad o no de contar con órganos sociales como la Junta Directiva, y la constitución a través de documento privado, que son los que hacen atractiva la constitución de empresas de servicios públicos domiciliarios en la forma de sociedades anónimas simplificadas, debe regularse por lo dispuesto en la Ley 1258 de 2008, y

sólo a falta de estipulación expresa en dicha Ley, por lo que al respecto disponga el Código de Comercio cuando se refiera a sociedades anónimas”^[8].

Así, el criterio jurídico a actualizar en su momento, se refirió puntualmente a la posibilidad de la conformación de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios bajo la modalidad de sociedades por acciones simplificadas, según la Ley 1258 de 2008, iniciando con el análisis del “1. Marco Legal”, pasando por la “2. Naturaleza Jurídica” en el que se indicaron las ventajas de amplitud en la libertad de estipulación contractual, permitiéndole a la empresa funcionar con un solo socio y precisando una “3. Breve Reseña Histórica de la Posición Jurídica de la Superservicios” en la que ratificó con la anotación de los antecedentes, la conformación de la SAS en atención al régimen previsto en la Ley [142](#) de 1994, es decir, la constitución con mínimo 5 socios y la necesidad de que contara con junta directiva, consideraciones que según cita parcial del concepto jurídico 220-081657 de 2009, compartió la Superintendencia de Sociedades.

Sin embargo, constituyó una novedad del documento a actualizar, la “4. Modulación de la Posición Jurídica de la Superservicios”, en razón a que “la interpretación sostenida obedeció a situaciones coyunturales presentadas en los servicios públicos domiciliarios, especialmente en el sector energético, que imponían un análisis riguroso frente a la constitución de las empresas de servicios públicos, pero que bajo los escenarios actuales, una lectura de la Ley 1258 de 2008 permite colegir que esa modalidad de sociedad por acciones posibilita controles estrictos, que minimizan los riesgos asociados a este tipo societario”.

De este modo, la posición jurídica de la entidad fue modulada y, en consecuencia, con el fin de no desnaturalizar el tipo societario previsto en la Ley 1258 de 2008 y evitar la privación de las libertades económicas, la Superintendencia consideró que las SAS, entre otras cosas, podrían constituirse bajo dicho tipo societario con un (1) sólo socio cuando a bien lo tuvieren, no obstante ser aplicables las disposiciones pertinentes de la Ley [142](#) de 1994 cuando fueran conformadas con más de un (1) accionista y tener la potestad de crear o no la Junta Directiva.

Sin embargo, en algunos conceptos jurídicos emitidos por la Superintendencia de Sociedades se coincidía con la posición jurídica anterior de esta entidad, en el sentido de que prevalecía la legislación especial, esto es la Ley [142](#) de 1994, para ciertas actividades empresariales. Al respecto, conviene citar algunas de las referencias:

“Es decir que en principio una empresa de servicios públicos domiciliarios puede funcionar bajo el ropaje de Sociedad por Acciones Simplificada.

Ahora bien, la pregunta está orientada a dilucidar, sí a pesar de la causal de disolución, establecida en el artículo [19.12](#) de la Ley 142 de 1995, esto es “en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista.”, pueden las sociedades de servicios públicos domiciliarios constituirse como SAS.

Al respecto es de tener presente, que a través de la Ley 1258 de 2008, se creo (sic) un nuevo tipo societario denominado Sociedad por Acciones Simplificada, estructura jurídica que puede ser utilizada para adelantar diferentes actividades económicas, no obstante de existir legislación especial para ciertas actividades empresariales, como es la de servicios públicos, Ley [142](#) de 1994 y sus Decretos reglamentarios, prevalece sobre la normatividad general como es la Ley 1258 de 2008.

Por lo anterior, si bien las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden adoptar la forma o estructura de Sociedades por Acciones Simplificadas, no deben ser constituidas por acto

unilateral, pues el capital no puede pertenecer a un solo socio, lo cual generaría que la sociedad surja a la vida jurídica en causal de disolución.

No obstante, es dable que una E.S.P. se constituya o transforme en SAS, siempre y cuando en ella participe más de un accionista., lo cual es jurídicamente viable por cuanto el artículo 1 de la Ley 1258 de 2008, otorga la posibilidad de constituir sociedades unipersonales o pluripersonales”^[9].

“R/. Las respuestas a estas inquietudes se efectúan bajo la premisa arriba señalada, valga reiterar, la prevalencia de la Ley [142](#) de 1994 sobre la Ley 1258 de 2008 en lo que a empresas de servicios públicos como sociedades por acciones simplificadas se refiere. Así tenemos:

No resulta jurídicamente posible que la asamblea de accionistas de una empresa de servicios públicos domiciliarios que revista la naturaleza de sociedad por acciones simplificada adopte decisiones con un número singular de accionistas, en razón a que para tal efecto el artículo [19.9](#). de la Ley 142 de 1994, el cual prevalece sobre el artículo 22 de la Ley 1258 de 2008, exige el requisito de la pluralidad de asociados. Así mismo, tampoco es posible desde el punto de vista normativo, que el accionista de una empresa de servicios públicos que comporte la forma de sociedad por acciones simplificada, emita mas (sic) de un voto por cada acción que posea, pues el citado artículo [19.9](#). solo confiere voto singular a los accionistas de tales empresas, lo que excluye la posibilidad de consagrar voto múltiple en los términos del artículo 11 de la Ley 1258 de 2008.

El hecho de que el artículo 1o de la Ley 1258 de 2008, contemple la viabilidad de crear sociedades por acciones simplificadas de un único accionista, y de que las empresas de servicios públicos puedan adoptar el ropaje jurídico de aquellas, no significa en manera alguna que hubiese perdido vigencia la causal de disolución contenida en el artículo [19.12](#). de la Ley 142 de 1994 para las empresas de servicios públicos, de tal suerte que estas se disolverán, entre otras causales, cuando la totalidad de sus acciones queden en cabeza de una sola persona.

Dada la preferencia de la citada Ley [142](#) respecto de la Ley 1258 de 2008 en lo que hace con empresas de servicios públicos estructuradas como sociedades por acciones simplificadas, se ha de indicar que en cuanto a la composición de la junta directiva, debe observarse lo reglado en el artículo [19.16](#). de la ley 142, de forma que la junta directiva debe ser directamente proporcional a la propiedad accionaria.

Por virtud de lo dispuesto en los artículos [19.12](#). y [20.1](#). de la Ley 142 de 1994, es claro que una empresa de servicios públicos que revista la forma de sociedad por acciones simplificada, no se puede constituir ni funcionar con un único accionista, o dicho de otras palabras, no pueden existir empresas de servicios públicos como sociedades por acciones simplificadas unipersonales”^[10].

“La ley 142 de 1994, para las empresas prestadoras de servicios públicos, en el artículo [19](#) ordena lo siguiente:

(...)

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

19.13. Si se verifica una de las causales de disolución, los administradores están obligados a realizar aquellos actos y contratos que sean indispensables para no interrumpir la prestación de los servicios a cargo de la empresa, pero darán aviso inmediato a la autoridad competente para la prestación del servicio y a la Superintendencia de servicios públicos, y convocarán inmediatamente a la asamblea general para informar de modo completo y documentado dicha situación. De ninguna manera se ocultará a los terceros con quienes negocie la sociedad la situación en que esta se encuentra; el ocultamiento hará solidariamente responsables a los administradores por las obligaciones que contraigan y los perjuicios que ocasionen.”^[11]

“Al respecto es pertinente precisar en primer lugar el régimen jurídico que corresponde a las sociedades que ostenten las características aludidas, en el entendido que si bien las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden adoptar y funcionar bajo el tipo de la Sociedad por Acciones Simplificada que creó la ley 1258 de 2008, éstas se deben enmarcar en todo caso dentro de las limitaciones propias de la regulación especial consagrada para las empresas mencionadas, esto es, la Ley [142](#) de 1994, la cual prevalece sobre la normatividad general, entre la cual se incluye la referida Ley 1258 de 2008, aspectos que esta Superintendencia ha analizado con anterioridad (Oficio 220-057310 del 25 de marzo de 2009)

Así, la doctrina de la Entidad ha concluido que cuando se adopte por una de tales empresas la estructura jurídica de la Sociedad por Acciones Simplificada, es necesario que se observe la siguiente (sic) jerarquía de normas para incluir las disposiciones de contenido imperativo en el contrato social, a saber: “En primera instancia están las normas previstas en la Ley 142 de 1994, en especial las contenidas en el Artículo 19 - Régimen Jurídico de Las Empresas de Servicios Públicos. En lo no previsto en dicha normatividad, deberá aplicarse lo estipulado en la Ley 1258 de 2008, siempre que no sea contrario a la naturaleza de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Y, finalmente de conformidad con lo ordenado en el numeral 19.15 de la Ley 142 mencionada, en concordancia con lo estipulado en el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, en lo no regulado por las disposiciones prenombradas, deberá estarse a lo reglado en el Código de Comercio para las sociedades anónimas y en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen las sociedades previstas en el Código de Comercio.”

En este orden de ideas, frente a las inquietudes planteadas en esta oportunidad, se observa que la única disposición que hace alusión a la forma de adoptar decisiones por parte del máximo órgano social en las empresas de servicios públicos domiciliarios, es el numeral 19.9, de la citada ley [142](#), el cual prescribe que en las asambleas los socios podrán emitir tantos votos como correspondan a sus acciones, pero que todas las decisiones requieren el voto favorable de un número plural de ellos.

Así las cosas y en defecto de previsión especial que regule la situación que se cuestiona, es pertinente dar aplicación a las normas de la Codificación Mercantil. En tal sentido, efectivamente se tiene que acuerdo con lo establecido en el artículo [190](#) del Código de Comercio, una decisión adoptada sin el número de votos requerido en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, será absolutamente nula”^[12].

No obstante, y como quiera que la línea jurídica de la Superservicios fue modulada, se solicitó concepto a la Superintendencia de Sociedades a través del número de radicación 2018-01-288452, con el fin de conocer si se mantenían o no en la actualidad los lineamientos jurídicos sobre la prevalencia de la Ley [142](#) de 1994 respecto del régimen previsto por la Ley 1258 de 2008, respuesta que fue emitida a través de radicado No. 2018-01-326935 del 18 de julio del mismo año y que indicó en términos generales un cambio de posición en materia de

composición, de la siguiente manera:

“Ahora bien, con el ánimo de colaborar en la solución del primer punto a título de ilustración general, se trae a colación a partes (sic) el oficio 220-001757 del 15 de enero de 2016, que ratifica la doctrina adoptada con relación a las sociedades SAS prestadoras de servicios públicos, las cuales pueden funcionar bajo el tipo societario regulado en por la Ley 1258 de 2008, enmarcándose en las limitaciones contenidas en la regulación especial de las empresas de servicios públicos, Ley [142](#) de 1994.

(...)

Ahora en lo que tiene que ver con la composición accionaria y la obligatoriedad de la Junta Directiva, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, emitió el concepto [7](#) de 2018, en el cual indica lo referente a la prestación de servicios públicos domiciliarios en la forma de una SAS. Señala que los aspectos relacionados al número de socios y la necesidad de constituir la Junta Directiva debe regularse por lo dispuesto en la Ley 1258 de 2008.

A continuación se transcribe lo expresado en el referido concepto:

“Ahora bien, en el caso de empresas de servicios públicos domiciliarios, organizadas en la forma de sociedades anónimas simplificadas, consideramos necesario señalar que no sólo es posible que este tipo de sociedades presten los servicios y actividades complementarias a que se refiere la Ley [142](#) de 1994, sino que en tal caso, es perfectamente posible que las mismas, dado su régimen jurídico especial, se aparten de lo dispuesto en el Código de Comercio, en tratándose de asuntos expresamente definidos en la Ley 1258 de 2008.

Desde ese punto de vista, aspectos como los relativos al número de socios con que dichas empresas pueden constituirse, la necesidad o no de contar con órganos sociales como la Junta Directiva, y la constitución a través de documento privado, que son los que hacen atractiva la constitución de empresas de servicios públicos domiciliarios en la forma de sociedades por acciones simplificadas, deben regularse por lo dispuesto en la Ley 1258 de 2008, y sólo a falta de estipulación expresa en dicha Ley, por lo que al respecto disponga el Código de Comercio cuando se refiera a sociedades anónimas”.

Se tiene que se observó un cambio en la posición de la Supersociedades, que previo a la modulación de la tesis de la Superservicios no existía, o por lo menos no se veía reflejado en los conceptos publicados en su página web.

En ese contexto, existiendo tal como se indicó en la actualización del documento, tres regímenes normativos aplicables a las SAS prestadoras de servicios públicos domiciliarios, esto es: i) el de servicios públicos domiciliarios, ii) el de las Sociedades por Acciones Simplificadas – SAS y iii) el general de sociedades contenido en el Código de Comercio; resultaba imprescindible determinar la aplicación preferente de unas u otras disposiciones, en el marco de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, atendiendo los criterios de interpretación de la ley, razón por la cual se dio aplicación a la Ley 57 de 1886.^[13]

De ahí que en el criterio actualizado se haya considerado lo siguiente:

“En ese escenario, la posible incompatibilidad o contradicción en la aplicación normativa encuentra solución en una de las reglas que la Ley 57 de 1887^[17] dispuso para interpretar la ley, así:

“ARTICULO 5o. <Ver Notas de Vigencia> Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general (resaltado y subrayas fuera de texto);

2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública”.

Aunque aparentemente la Ley 1258 de 2008 y la Ley [142](#) de 1994, podrían considerarse como de carácter especial, respecto de la materia que regula cada una, lo cierto es que, si bien la primera dispone de manera concreta sobre las SAS, el hecho de que se refiera a una de las tipologías de sociedades mercantiles, que de modo general preside el Código de Comercio, ratifica la generalidad de las condiciones y requisitos que debe tener cualquier sociedad con tales características, sin entrar a determinar o darle alcance al objeto que las mismas puedan llegar a tener, porque en todo caso, deben atender lo previsto en el régimen mercantil.

Por su parte, tratándose de los servicios públicos domiciliarios, la Ley [142](#) de 1994, además de determinar específicamente el régimen jurídico y condiciones que deben cumplir las empresas que pretendan prestar servicios públicos domiciliarios en el territorio nacional; contempla junto con la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional, la regulación emitida por las Comisiones de Regulación y los actos administrativos aplicables al sector, el régimen de los servicios públicos domiciliarios, aplicable a las personas prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y gas.

Bajo este escenario, si las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones que deben someterse al régimen jurídico dispuesto en el artículo [19](#) de la Ley [142](#) de 1994 y por expresa disposición legal, en lo no previsto en dicha norma, “(...) se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas”, se colige entonces que existe un conjunto de disposiciones relativas a un asunto especial, encaminado a establecer las condiciones de aquéllas sociedades por acciones que pretendan prestar servicios públicos domiciliarios; luego, aun cuando las SAS, concebidas en la Ley 1258 de 2008, comportan un tipo más de sociedades por acciones, es indiscutible que entre ambas, la única referida a la prestación de los servicios públicos, es la Ley [142](#) de 1994, de modo que resulta aplicable la regla No. 1 del artículo 5 de la Ley 57 de 1887, en caso de normas aparentemente opuestas o concurrencia normativa.

De ahí que no pueda predicarse que la Ley [142](#) de 1994, limite o restrinja la constitución de una SAS al amparo de la Ley 1258 de 2008. Por el contrario, al ser la SAS una clase de sociedad por acciones, habilitada para prestar los servicios públicos domiciliarios, lo que determina el régimen especial de tales servicios son las condiciones y requisitos que deben cumplir, entre otras personas, las empresas que aspiren a prestarlos.

Así las cosas, si el objeto de una SAS es la prestación un servicio público domiciliario, en los términos del artículo [18](#) de la Ley [142](#) de 1994^[18], ésta debe ajustarse a los criterios previstos por

el régimen al cual se encuentran sujeta, garantizando así, el principio de libertad de empresa según el cual es “...derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley”^[19], normativa en la que, prima como se ha venido indicando, la disposiciones del sector.

Es de anotar que aunque, eventualmente, pueda interpretarse que la Ley 1258 de 2008, también tiene una naturaleza preferente para regular la SAS, al desarrollar una clase de las sociedades por acciones, contempladas en el Código de Comercio, cuyo objeto puede ser de distinta naturaleza y corresponder a diferentes sectores de la economía, actos y operaciones mercantiles, su aplicación debe ceder ante regímenes que rijan de manera especial el tipo de empresa que ha de prestar un servicio público domiciliario, según su objeto social.

En ese sentido, cuando la constitución de una SAS tenga por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios, resultarán de aplicación prevalente las disposiciones pertinentes de la Ley [142](#) de 1994, seguidas de las contempladas por el Código de Comercio respecto de sociedades anónimas, en lo que no cobije el régimen especial y por expresa remisión de este. En todo caso, de ser compatible con la normativa del sector, también deberá aplicarse el articulado de la Ley 1258 de 2008.

Como consecuencia de lo anterior, las empresas de servicios públicos domiciliarios que se constituyan bajo el tipo societario SAS, en atención al régimen especial previsto en la Ley [142](#) de 1994, deberán realizar las siguientes actividades:

- Constituirse a través de escritura pública y con mínimo cinco (5) socios. No obstante, en caso empresas de servicios públicos domiciliarios que operen en municipios menores, podrán hacerlo a través de documento privado y funcionar con un mínimo de dos (2) socios.
- Conformar Junta Directiva.
- Contar con Revisor Fiscal, dependiendo de los activos y/o ingresos.”

Explicada las razones y fundamentos jurídicos por los cuales esta Superintendencia moduló en el año 2017 la posición jurídica en relación con la conformación de las SAS prestadoras de servicios públicos domiciliarios y ante la necesidad de atender los criterios de interpretación de la ley, siendo el régimen de los servicios públicos domiciliarios contenido en la Ley [142](#) de 1994, de carácter especial y primando así sobre la aplicación de la Ley 1258 de 2008, se ratifica que el criterio jurídico unificado de este organismo al respecto, es el previsto en la actualización efectuada el 1 de noviembre de 2018, pues lo que determina la prevalencia del régimen de los servicios públicos domiciliarios es la prestación de los mismos, cobijada por el objeto social de la empresa.” (Subrayas fuera de texto original)

CONCLUSIONES

1. “Se me indiquen los requisitos que debe cumplir una sociedad por acciones simplificada cuando adopta la forma de empresa de servicios públicos domiciliarios. Particularmente, solicito que se me informe acerca de:
 - a. Formalidades de constitución.
 - b. Número mínimo de socios.
 - c. Órganos (Junta Directiva y Revisoría Fiscal)

Así mismo, solicito que se me informe cómo debe proceder una compañía que esté constituida por documento privado como Sociedad por Acciones Simplificada y quiera adoptar la naturaleza de empresa de servicios públicos, ¿Qué formalidad debe cumplir la reforma estatutaria? ¿Debe ser elevada a escritura pública?”

Considerando el análisis expuesto en el Concepto SSPD-OJ-2019-[414](#), una empresa de servicios públicos domiciliarios bajo la tipología de Sociedad por Acciones Simplificada – SAS, debe atender, de manera preferente, las previsiones contenidas en la Ley [142](#) de 1994 y en lo no previsto en dicha normativa, deberá aplicarse lo estipulado en la Ley 1258 de 2008, siempre que no sea contrario a la naturaleza de la empresa de servicios públicos domiciliarios.

Adicionalmente, de conformidad con lo ordenado en el numeral 19.15 de la Ley [142](#) de 1994, en concordancia con lo estipulado en el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, en lo no regulado por las disposiciones prenombradas, deberá estarse a lo reglado en el Código de Comercio para las sociedades anónimas y en cuanto no resulten contrarias a las disposiciones generales que rigen para las sociedades, previstas en el Código de Comercio.

De cara a lo anterior y en consideración con lo señalado en el artículo [19](#) de la Ley 142 de 1994, además de constituirse mediante escritura pública, en virtud del principio de pluralidad de socios, este tipo de prestadores debe funcionar con mínimo cinco (5) socios. Tratándose de empresas de servicios públicos domiciliarios que operen en municipios menores, podrán hacerlo a través de documento privado y funcionar con un mínimo de dos (2) socios, conformar Junta Directiva y contar con Revisor Fiscal, dependiendo de los activos y/o ingresos.

Puntualmente en cuanto a la revisoría fiscal, según lo dispuesto en la Ley 1258 de 2008 y Decreto 2020 de 2009, las SAS deberán tener revisor fiscal siempre que: (i) tengan activos brutos a 31 de diciembre del año anterior, iguales o superiores a 5.000 salarios mínimos, o (ii) ingresos brutos durante el año anterior, iguales o superiores a 3.000 salarios mínimos, o (iii) cuando una norma especial así lo exija.

Ahora, en lo que tiene que ver con el procedimiento para que una compañía que esté constituida por documento privado como Sociedad por Acciones Simplificada, adopte la naturaleza de ESP, ha de indicarse que si su objeto social no contempla la prestación de los servicios públicos domiciliarios, deberá atender todas las precisiones que sobre constitución para prestadores contempla la Ley [142](#) de 1994, señalando que dependerá de las condiciones particulares y concretas de la prestación del servicio, la necesidad que las instancias directivas y/o administrativas de la empresa analicen y de la posibilidad o no de transformarse, atendiendo, entre otros, al municipio de prestación del servicio que se trate, toda vez que, conforme con lo previsto en el párrafo del artículo [79](#) de la Ley 142 de 1994: “En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya.”

Así las cosas, los requisitos de constitución dependerán de las características particulares de prestación del servicio público domiciliario o actividad. Sin embargo y por regla general, en lo que tiene que ver con su funcionamiento, es importante señalar que quienes se dediquen a la prestación de servicios públicos domiciliarios, no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos [25](#) y [26](#) de la Ley 142 de 1994 según la naturaleza de sus actividades, informar el inicio de actividades a esta Superintendencia y

a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA o la Comisión de Energía Eléctrica y Gas – CREG, según el servicio de que se trate, e inscribirse en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos RUPS, que administra esta entidad.

En estos términos, la prestación de los servicios públicos o cualesquiera de sus actividades complementarias, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley, ya que si bien el régimen de los servicios públicos domiciliarios, esto es, la Ley [142](#) de 1994 ofrece distintas alternativas de constitución, lo cierto es que cada una de ellas obedece a una figura legal que debe cumplir ciertos requisitos.

Así, tratándose de empresas de servicios públicos, para efectos de su constitución y funcionamiento, además del régimen propio previsto en la Ley [142](#) de 1994, deberán remitirse a lo establecido en el Código de Comercio y demás disposiciones, teniendo en cuenta que conforme con el numeral 19.15 del artículo [19](#) de la Ley 142 de 1994, “En lo demás, las empresas de servicios públicos se registrarán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas”.

Sobre el particular y haciendo un análisis detallado del régimen jurídico aplicable, hemos indicado a través del Concepto SSPD-OJ-2014-[202](#), lo siguiente:

“(…)

Como puede verse, el artículo transcrito establece diferentes tipos de prestadores. Con respecto a la categoría principal de los prestadores privados, es decir, las empresas de servicios públicos domiciliarios, es necesario señalar que la naturaleza jurídica de éstas se encuentra definida en el artículo [17](#) de la Ley 142 de 1994, en donde se dispone que dichas empresas deben constituirse como sociedades por acciones, que (i) tengan por objeto la prestación de los servicios públicos de que trata la Ley [142](#) de 1994 y (ii) que se gobiernen por las disposiciones especiales contenidas en la Ley [142](#) de 1994, y solo a falta de estas por las señaladas en el Código de Comercio y demás normas concordantes.

Este régimen especial, que se aparta en muchos aspectos del señalado de manera general por el Código de Comercio para las sociedades por acciones, tiene como objetivo el cumplimiento de los fines del Estado frente a la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, con relación a las empresas de servicios públicos domiciliarios, debe tenerse en cuenta que la misma Ley [142](#) de 1994 estableció la distinción entre empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas, en los numerales 5 a 7 de su artículo [14](#), así:

“14.5. Empresas de servicios públicos oficiales. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

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

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

En todo caso, a pesar de la distinción señalada, se aclara que el régimen jurídico aplicable a todas estas empresas es el descrito en el artículo [19](#) de la Ley 142 y en lo no previsto por este estatuto, por las reglas del Código de Comercio sobre las sociedades anónimas.

Igualmente, resulta pertinente mencionar que el artículo [20](#) de la Ley 142 de 1994 establece la posibilidad de que las empresas de servicios públicos que operen exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores según la ley, de acuerdo a reglamentación previa de la comisión reguladora pertinente, se aparten de lo previsto en el artículo [19](#), entre otros aspectos, en relación con los requisitos para su constitución y desarrollo.

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

Finalmente, con relación a las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto y privado, debe tenerse en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-[736](#) de 2007, en los siguientes términos:

“(…) 5.2.5 Al parecer de la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta resulta contraria a la Constitución. Ciertamente, según se dijo arriba, del artículo [365](#) superior se desprende que el régimen y la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos es especial; además, del numeral 7o del artículo [150](#) de la Carta, se extrae que el legislador está constitucionalmente autorizado para crear o autorizar la creación de “otras entidades del orden nacional”, distintas de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta.

Por todo lo anterior, la Corte encuentra que cuando el numeral 6 del artículo [14](#) de la Ley 142 de 1994 dispone que una empresa de servicios públicos mixta “es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50”, y cuando el numeral 7 de la misma disposición agrega que una empresa de servicios públicos privada “es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”, simplemente está definiendo el régimen jurídico de esta tipología especial de entidades, y estableciendo para este propósito diferencias fundadas en la mayor o menor participación accionaria pública.

Con fundamento en lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “iguales o superiores al 50%”, contenida en el numeral 6 del artículo [14](#) de la Ley 142 de 1994, así como la exequibilidad de la expresión “mayoritariamente”, contenida en el numeral 7 del artículo [14](#) de la Ley 142 de 1994.”

Ahora bien, en la misma sentencia, la Corte señala que las empresas de servicios públicos mixtas o privadas hacen parte de la Rama Ejecutiva del poder público, de la siguiente manera:

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

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

Por último, es importante señalar que en las empresas de servicios públicos mixtas, existe una vigilancia fiscal especial sobre los recursos públicos aportados a la misma, que se desarrolla por parte de la Contraloría General de la República.

Ahora bien, en cuanto al régimen jurídico de las ESP, y debido a que las mismas tienen como objeto social la prestación de servicios públicos domiciliarios, el régimen que deberá seguir es el establecido en la Ley 142 de 1994, respecto a esto, el artículo [19](#) de dicha ley estableció:

“Artículo [19](#). Régimen Jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:

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

19.2. La duración podrá ser indefinida.

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

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

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

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

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

19.8. Las empresas podrán funcionar aunque no se haya hecho el registro prescrito en el artículo [756](#) del Código Civil para los actos relacionados con la propiedad inmueble, relacionados con su constitución. Es deber de los aportantes y de los administradores emplear la mayor diligencia para conseguir que se hagan tales registros, y mientras ello no ocurra, no se tendrán por pagados los aportes respectivos. Quienes se aprovechen de la ausencia de registro para realizar acto

alguno de disposición o gravamen respecto de los bienes o derechos que sobre tales bienes tenga la empresa, en perjuicio de ella, cometen delito de estafa, y el acto respectivo será absolutamente nulo.

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

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

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

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

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

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

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

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

En conclusión, la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios es la establecida en el Capítulo I, artículo 17 y ss. de la ley 142 de 1994, y la normatividad aplicable es la prevista en la ley 142 de 1.994 y sus decretos reglamentarios; en lo que no esté regulada por dicha ley se deberá remitir a las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas”

2. “Así mismo, solicito que se me indiquen de forma puntual las obligaciones que debe cumplir una empresa de servicios públicos domiciliarios que i) presta un servicio complementario al servicio público de aseo y, ii) presta el servicio público de forma indirecta, es decir mediante un contrato de operación, a personas diferentes de usuarios finales. Particularmente, solicito que se me informe si este tipo de empresas debe:

Informar del inicio de sus actividades a la Superintendencia de Servicios Públicos, inscribiéndose en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos, en los términos del Numeral 8 del artículo [11](#) de la Ley 142 de 1994 y circular No. 20181000120515 del 25 de septiembre de 2018 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Enviar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios copia de las actas de asamblea, balances, y estados de pérdidas y ganancias, es decir, el reporte de información en el SUI, en los términos del Numeral 11 del artículo [19](#) de la Ley 142 de 1994.

- Contar con un plan de gestión y resultados de corto, mediano y largo plazo, en los términos del Artículo [52](#) de la ley 142 de 1994.

- Contar con Auditoría Externa de Gestión y Resultados –AEGR– de forma permanente con personas jurídicas privadas especializadas por períodos mínimos de un año, en los términos del artículo [51](#) de la Ley 142 de 1994.

Tener un contrato de servicios públicos que contenga las condiciones uniformes en las que el prestador está dispuesto a suministrar el servicio público de aseo, en los términos del numeral 1 del artículo [112](#) del Decreto 2981 de 2013.

- Contar con la infraestructura adecuada para atender las peticiones, quejas y recursos de los usuarios del servicio, en los términos del artículo [153](#) de la ley 142 de 1994 y numeral 2 del artículo [112](#) del Decreto 2981 de 2013.

Contar con un estudio de costos que soporte las tarifarias ofrecidas a los usuarios, en los términos del numeral 3 del artículo [112](#) del Decreto 2981 de 2013.

- Disponer de página web, en los términos del artículo [113](#) del Decreto 2981 de 2013.

Esto, reitero, teniendo presente, a las empresas de servicios públicos que no prestan servicios a usuarios finales.”

Al respecto, no es posible, tal como se indicó en la primera respuesta, proporcionar un catálogo o serie de obligaciones que deben cumplir quienes presten servicios públicos domiciliarios, como quiera que las mismas se encuentran previstas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, integrado por la Ley [142](#) de 1994, la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional en la materia, la regulación emitida por las Comisiones de Regulación y todos aquellos actos administrativos emitidos por autoridades cuyas funciones transversales impactan el sector. De ahí que también sea determinante establecer el servicio público domiciliario objeto de prestación.

En ese sentido, si se trata de la prestación del servicio de aseo, habrá que determinar la actividad complementaria a prestar y acudir a la reglamentación prevista en el Decreto Único Reglamentario [1077](#) de 2015, así como la Regulación emitida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA, contenida en las Resoluciones CRA [720](#) de 2015 y

CRA [853](#) de 2018, aplicable tanto a grandes como a pequeños prestadores del servicio de aseo, respectivamente. Igualmente, tratándose de la actividad de aprovechamiento, deberán tenerse en cuenta el Decreto [596](#) de 2016 y la Resolución MVCT [276](#) de 2016, ambos expedidos por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio - MVCT.

Por otro lado, aun cuando no resulta clara la referencia a “las obligaciones que debe cumplir una empresa de servicios públicos domiciliarios que presta el servicio público de forma indirecta, es decir mediante un contrato de operación”, en tanto que, tal como lo hemos señalado en el Concepto Unificado SSPD-OJU-2009-08, al amparo de lo previsto en el artículo [6](#) de la Ley 142 de 1994, “Debe recordarse que la prestación indirecta por parte del municipio, aquella a la que hace referencia la norma Superior, es la que se lleva a cabo por intermedio de una entidad descentralizada, que tiene una personalidad jurídica diferente en todo a la del municipio”. En ese sentido, dicha figura es propia de la prestación por parte del municipio que, si bien lo puede hacer a través de un tercero, debe surtirse todo el procedimiento descrito en la norma.

En ese contexto, la posición jurídica de la Superintendencia, ha sido que “los contratos que celebren las entidades territoriales y/o las personas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo con el objeto de asociarse con otras personas para la creación o transformación de personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, deben celebrarse por procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes”, tal como se indicó en el Concepto Unificado SSPD-OJU-2009-08.

Se trata entonces de esquemas de contratos de operación, modalidad de prestación frente a la cual se señaló mediante el Concepto SSPD-OJ-2015-032, lo siguiente:

“5. Prestadores de los Servicios Públicos Domiciliarios y Contratos de Operación.

Para ofrecer la claridad solicitada en la consulta, sea lo primero definir las personas que, eventualmente y en la práctica, intervienen en la prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, así:

En principio, el prestador es la persona responsable directa de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, quien tiene, junto con el suscriptor o usuario, la calidad de parte en el contrato de condiciones uniformes y que, en consecuencia, se encuentra sujeto al control, inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo [370](#) de la Constitución Política.

El prestador, además, es siempre una de las personas autorizadas, en el Artículo [15](#) de la Ley 142 de 1994, para prestar los servicios públicos domiciliarios en el país y puede hacerlo o no a través de la contratación de una o varias de las actividades inherentes y/o complementarias a los mismos. En el primer caso, dispondrá de los recursos humanos, técnicos físicos y financieros necesarios para la prestación del servicio, en tanto que, en el segundo caso, al no contar con uno o varios de dichos recursos podrá contratarlos. También puede suceder que al estudiar la viabilidad del negocio el prestador determine que dicha contratación lo hace más eficiente.

En concordancia con lo establecido en los Numerales 4 y 9 del Artículo [79](#) de la Ley 142 de 1994 y el Artículo [14](#) de la Ley 689 de 2001, corresponde al prestador inscribirse en el Registro Único de Prestadores - RUPS y reportar información al SUI.

Adicionalmente y salvo excepciones legales (Parágrafo Artículo [51](#) de la Ley 142 de 1994, modificado por el Artículo [6](#) de la ley 689 de 2001), las empresas prestadoras de servicios

públicos domiciliarios, se encuentran obligadas a contratar una Auditoría Externa de Gestión y Resultados con firmas privadas especializadas. Esta norma se refiere exclusivamente a los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

Por su parte, el operador es la persona que ha celebrado con el prestador un contrato de operación de un servicio público domiciliario; es quien, por cuenta del prestador, desarrolla una o varias de las actividades inherentes y/o complementarias al mismo, en virtud de dicho contrato.

El operador puede o no ser una de las personas autorizadas por el legislador para prestar dichos servicios en el país, siempre que toda su actividad, en materia de servicios públicos domiciliarios, se halle amparada por un contrato suscrito con un prestador de servicios públicos domiciliarios y no actúe como prestador de los mismos.

En el evento en que dicho operador realice, por cuenta propia, actividades inherentes o complementarias a los servicios públicos domiciliarios, se convertirá de inmediato en prestador de los mismos y deberá cumplir con todas las obligaciones y responsabilidades que la Constitución y la ley confiere a éste, entre las que se encuentran la inscripción en el RUPS, el reporte de información al SUI y la contratación de una auditoría externa de gestión y resultados, esto último salvo excepciones legales.

Lo anterior significa que pueden concurrir en una misma persona las calidades de prestador y operador, pero con respecto a diferentes actividades (inherentes o complementarias) al servicio público domiciliario o en diferentes zonas del país.

En términos generales, la diferencia entre empresas prestadoras y aquellas personas con quien éstos celebran un contrato de operación radica en su responsabilidad frente a los suscriptores y usuarios, y por ende, ante la Superintendencia respecto del cumplimiento del régimen de los servicios públicos domiciliarios. Es al prestador a quien corresponde la responsabilidad por la prestación del servicio y quien se encuentra sujeto a la inspección, control y vigilancia ejercida por esta Superintendencia, sin importar si el servicio lo presta con o sin la intermediación de un operador o incluso si quien lo presta cumple o no con el deber legal de corresponder a una de las personas enlistadas en el Artículo [15](#) de la Ley 142 de 1994.

El operador, por su parte, responde ante el prestador y en marco del contrato de operación suscrito con éste, por el cumplimiento del mismo, ya que realiza actividades inherentes y/o complementarias al servicio público domiciliario por cuenta de aquél y en virtud de tal contrato.

Sin embargo, las decisiones que tome el operador y la forma de ejecutar el contrato de operación pueden comprometer la responsabilidad del prestador frente a sus usuarios o suscriptores y ante la Superintendencia. Es por tal razón, que las actividades realizadas por el operador pueden ser conocidas por la Superintendencia siempre a través del prestador, quien se encuentra sujeto a la inspección, control y vigilancia por parte de la misma y quien debe reportar a esta Entidad la información necesaria para que realice sus funciones de policía administrativa.

Con todo, en la medida en que los contratos de operación desdibujen las disposiciones del régimen de servicios públicos y no permitan establecer con claridad quién es el prestador en la práctica y quién debe responder ante los usuarios y la Superintendencia por la prestación de los mismos, ésta Entidad tiene el deber y cuenta con la competencia para establecer la corresponsabilidad existente entre dicho prestador y la persona con la que ha celebrado un contrato de operación, respecto de tales servicios, adoptando las medidas a que haya lugar, en virtud de las funciones de inspección, vigilancia y control que le han sido asignadas.

Lo anterior, en aplicación además del Principio Constitucional de la Supremacía del Fondo sobre la Forma, en virtud del cual y para el caso concreto, las personas que efectivamente presten servicios públicos domiciliarios en Colombia, independientemente de su forma de constitución y de la manera en que lo hagan, se encuentran sujetas al régimen legal de dichos servicios y por ende, a la inspección, control y vigilancia ejercida por esta Superintendencia.

En otras palabras se puede afirmar que en virtud de su autonomía empresarial y capacidad jurídica, los prestadores pueden atender de manera directa las actividades del servicio o en forma tercerizada, sin perder su condición de prestadores e incluso compartir corresponsablemente dicha condición con otro prestador. Puede ocurrir además que personas no autorizadas, en los términos señalados en el Artículo 15 de la Ley 142 de 1994, presten efectivamente servicios públicos domiciliarios, haciéndose sujetos de inspección, vigilancia y control, por parte de esta Superintendencia.

La suscripción de los denominados “contratos de operación”, en materia de servicios públicos domiciliarios, no implica per se la contratación de la prestación de los mismos. La operación de un servicio no es sinónimo de la prestación del mismo en los términos establecidos en el régimen de servicios públicos domiciliarios. Ejemplo de ello se encuentra en el Parágrafo 1o del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994, según la cual el prestador, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, puede contratar una empresa privada, que no es lo mismo que empresa de servicios públicos de carácter privado, para que haga la financiación, operación y el mantenimiento del servicio público respecto del cual el persona contratante mantiene su calidad de prestador y la empresa privada contratista, la de simple operador.

Abordadas las temáticas generales propuestas y respecto a la consulta realizada se puede concluir lo siguiente:

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejerce inspección, vigilancia y control sobre todas las personas que presten, por cuenta propia y en el país, dichos servicios, sin importar su naturaleza jurídica.

Todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios, responsables directos de los mismos, deben inscribirse como tales en el RUPS y reportar a la Superintendencia, su información financiera, a través del SUI, teniendo en cuenta los lineamientos dados por la Entidad respecto al proceso de convergencia a NIF.

Salvo las excepciones legales, los prestadores de servicios públicos domiciliarios deben contratar una auditoría externa de gestión y resultados.

No corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pronunciarse sobre los actos y contratos de los prestadores. En tal sentido y en principio, los contratos de operación no son objeto de inspección, vigilancia y control por parte de esta Entidad, sin embargo, las actividades del servicio efectuadas por el operador podrán ser conocidas por la Superintendencia, a través del prestador, en la medida en que comprometan la responsabilidad del mismo.

Los contratos de operación se rigen por sus estipulaciones y por el régimen de los servicios públicos domiciliarios que gobierna las actividades inherentes o complementarias a dichos servicios y cuya ejecución se encuentre comprendida en sus objetos.

La prestación de un servicio público domiciliario, en el marco de la tercerización total o parcial

de actividades inherentes y/o complementarias al mismo (contrato de operación o similares), da lugar a la aplicación del concepto de “corresponsabilidad” de los contratantes en dicha prestación.” (Subraya y negrilla fuera de texto)

Así pues, y sin que esta Superintendencia pueda entrar a pronunciarse sobre los contratos de operación, por expresa prohibición^[14], sí le corresponde determinar con base en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, cuando existe corresponsabilidad en la prestación del mismo y adelantar las investigaciones que den cuenta de los hechos.

En ese sentido, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 142 de 1994, es competencia exclusiva del municipio “Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente”; razón por la que, si bien en principio y al margen del contrato de operación, es el prestador del servicio quien asume la responsabilidad ante un eventual incumplimiento, lo cierto es que para efectos de la inspección, vigilancia y control en la prestación, esta Superintendencia debe contar con certeza sobre el alcance de la operación.

Al respecto, a través del Concepto SSPD-OJ-2016-[245](#), indicado lo siguiente:

“Como puede apreciarse, el Concepto SSPD [032](#) de 2015, establece las diferencias existentes entre el prestador del servicio y el operador contratado por éste, especialmente en cuanto a la responsabilidad frente al usuario y frente a la Superintendencia como ente de control y vigilancia.

En ese sentido, se refiere que el prestador será quien tenga bajo su responsabilidad el servicio aunque haya contratado a un operador para que en su nombre, despliegue algunas o todas las actividades constitutivas de la prestación; de lo cual se predica, que la operación es un encargo que el operador ejecuta a nombre del prestador.

Indica el concepto también, que un operador puede tener también la calidad de prestador, pero se aclara, que ello solo procede respecto de actividades o servicios que no estén cubiertos por el contrato de operación; o dicho de otra forma, un operador no puede predicarse como prestador respecto de actividades que ejecuta como resultado de un contrato de operación.

Por último, el concepto señala que en aquellos casos en que el contrato de operación se desdibuja por acción de alguna de las partes, particularmente del operador, de tal manera que no resulta suficientemente clara la distinción entre el prestador y el operador, la Superintendencia puede establecer la corresponsabilidad de las partes en dicho contrato de operación ante los usuarios y ante la Superintendencia misma en el ejercicio de sus facultades de inspección, control y vigilancia.

Lo anterior no implica que la Superintendencia le atribuya al operador la calidad de prestador, pues es el contrato de operación el que da cuenta de la naturaleza con que éste debía (sic) actuar, pero en virtud de las acciones desplegadas por dicho operador, la Superintendencia puede hacerle extensiva su responsabilidad frente a los usuarios y así mismo hacerlo sujeto de vigilancia, control y supervisión directa; pero se reitera, ello no implica que el operador quede por virtud de la corresponsabilidad convertido en prestador, simplemente, dicho operador estará llamado a responder in extenso por sus actuaciones frente a la prestación del servicio”. (Resaltado fuera de texto original)

De cara a lo anterior, y como quiera que a través del contrato de operación se encarga la prestación de un servicio público domiciliario, la responsabilidad en la prestación del servicio se predicará de quien haya contratado su gestión. No obstante, el operador podrá reputarse como prestador cuando desarrolle servicios o actividades inherentes a la prestación del servicio público, no cobijadas por el contrato de operación. En ese sentido, en principio, si bien para prestar el servicio el operador debe cumplir con las obligaciones que se derivan del régimen de los servicios públicos domiciliarios, la inspección, vigilancia y control de esta entidad se activará sobre éste, siempre que no sea claro a quien corresponde la responsabilidad en la prestación.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la dirección electrónica <https://www.superservicios.gov.co/?q=normativa>, donde encontrará la normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,

ANA KARINA MÉNDEZ FERNÁNDEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Radicado 20195291126702 y 20195291223762

TEMA: RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. SAS.

Subtemas: Requisitos de una ESP prestadora de servicios públicos domiciliarios.

2. “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”.
3. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
4. “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”
5. “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.”
6. “Por la cual se establece el régimen de regulación tarifaria al que deben someterse las personas prestadoras del servicio público de aseo que atiendan en municipios de más de 5.000 suscriptores en áreas urbanas, la metodología que deben utilizar para el cálculo de las tarifas del servicio público de aseo y se dictan otras disposiciones”
7. “Por la cual se establece el régimen tarifario y metodología tarifaria aplicable a las personas prestadoras del servicio público de aseo que atiendan en municipios de hasta 5.000 suscriptores y se dictan otras disposiciones”
8. SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Oficina Asesora Jurídica. Grupo de Concepto SSPD-OJ-2017-[386](#).

9. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-057303 del 20 de marzo de 2009.
10. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-081657 del 9 de junio de 2009.
11. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-115728 del 19 de agosto de 2013.
12. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-001757 del 15 de enero de 2016.
13. “Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional.”
14. Parágrafo 1, Art. [79](#) de la Ley 142 de 1994.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Compilación Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
n.d.
Última actualización: 31 de diciembre de 2019

