

# SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Mayo 3 de 2023

## CONCEPTO 262 DE 2023

Bogotá, D.C.,

**Ref. Solicitud de concepto<sup>[1]</sup>**

### COMPETENCIA

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

### ALCANCE DEL CONCEPTO

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

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

### CONSULTA

La consulta elevada contiene una serie de preguntas relacionadas con la libertad de empresa, requisitos para operar, propiedad de las redes, concurrencia de prestadores y régimen de subsidios en el servicio público de alcantarillado, por lo que éstas serán transcritas y respondidas en el acápite de conclusiones.

### NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Constitución Política

Ley 142 de 1994<sup>[5]</sup>

Ley 1340 de 2009<sup>[6]</sup>

Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015<sup>[7]</sup>

Resolución CRA 943 de 2021<sup>[8]</sup>

Resolución SSPD No. 20181000120515 del 25 de septiembre de 2018<sup>[9]</sup>

Corte Constitucional Sentencia C-736 de 2007

Concepto SSPD-OJ-2021-284

Concepto SSPD-OJ-2020-551

## **CONSIDERACIONES**

En primera instancia, es necesario aclarar que en sede de consulta no se emiten pronunciamientos y/o deciden situaciones de carácter particular y concreto, teniendo en cuenta que los conceptos constituyen orientaciones las cuales no comprometen la responsabilidad de la Superintendencia y tampoco tienen carácter obligatorio o vinculante, ya que se emiten conforme con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, introducido por sustitución de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.

De igual forma, es de precisar que los artículos 79 de la Ley 142 de 1994 y 6 del Decreto 1369 de 2020, atribuyeron a esta Superintendencia de forma principal las funciones de inspección, vigilancia y control de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en lo concerniente al cumplimiento de los contratos de servicios públicos que estos celebren con los usuarios, como también sobre el cumplimiento de las leyes, reglamentos y regulación a los que se encuentran sujetas las personas naturales o jurídicas que prestan los servicios públicos domiciliarios o las actividades complementarias a estos.

Así, las funciones mencionadas de forma general están referidas a: (i) vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa a la que se encuentren sujetos quienes presten servicios públicos; (ii) proteger y apoyar la participación de los usuarios; y (iii) sancionar las violaciones al régimen de estos servicios, siempre que esta función no sea competencia de otra autoridad, exclusivamente sobre los prestadores de servicios públicos domiciliarios y en lo referente a la ejecución de las actividades propias de la prestación del servicio.

Por otro lado, es pertinente reiterar que la posición de esta Superintendencia ha sido uniforme en el tiempo, en el sentido de manifestar su falta de competencia frente a la revisión previa de los actos y contratos de sus vigilados, en atención a lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, el cual señala:

*“ARTÍCULO 79. 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:*

(...)

*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 (...)*” (subraya fuera de texto)

Lo anterior, por cuanto se podría configurar una extralimitación de funciones, así como la realización de actos de coadministración a sus vigilados. Bajo este entendido se debe precisar que, dentro de las funciones asignadas a esta Superintendencia no se encuentra alguna que permita establecer la legalidad de los asuntos previos a la prestación de los servicios públicos domiciliarios. En consecuencia, no es dable a esta Oficina emitir en sede de consulta un pronunciamiento en el que determine cuál es el prestador legalmente autorizado para realizar la prestación efectiva del servicio público de alcantarillado en un municipio determinado, o aspectos respecto de la propiedad de una infraestructura de prestación de un servicio público.

Lo anterior, máxime cuando de por medio puede existir un conflicto de competencia en el mercado de prestación del servicio público de que se trate, respecto del cual concierne conocer a la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, en consideración con lo señalado en la Ley 1340 de 2009 la cual designó a la citada entidad como “*Autoridad Nacional de Protección de la Competencia*” con el fin principal de “*velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales*”, conocer “*de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales*” y dar trámite a aquellas quejas “*que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.*”<sup>[10]</sup>

Conforme lo anterior, se procederá a enviar la solicitud realizada a la SIC, así como este concepto, para que según lo considere en el marco de su competencia, adelante las acciones que corresponda y sean pertinentes en materia de protección a la competencia, frente al municipio en el cual existe conflicto entre las dos empresas prestadoras del servicio público de alcantarillado, considerando que puede acarrear una afectación en el bienestar de los usuarios/consumidores, así como una afectación en la competencia y la eficiencia económica de los prestadores implicados.

En igual medida, se enviará las solicitudes y una copia de este concepto a la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo – Dirección Técnica de Gestión de Acueducto y Alcantarillado, para lo que considere de su competencia.

A su vez ya fin de ilustrar al consultante, a continuación se emitirá un concepto general y de orientación frente al tema consultado, para lo cual se desarrollarán los siguientes ejes temáticos: i) libertad de entrada y libre competencia; ii) conformación de empresas de servicios públicos domiciliarios; iii) infraestructura para la prestación de los servicios públicos domiciliarios; iv) entrega de infraestructura para la prestación de los servicios públicos domiciliarios – concurrencia de oferentes y v) régimen de los subsidios en los servicios públicos de acueducto y alcantarillado

#### **i) Libertad de entrada y libre competencia.**

Sobre la libertad de entrada y de competencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, esta Oficina Asesora Jurídica se ha pronunciado en diferentes oportunidades, entre otras, en el Concepto SSPD-OJ-2020-551, en el cual manifestó:

*“(…) De conformidad con los artículos 333 y 365 de la Constitución Política los servicios públicos domiciliarios como regla general se prestan en régimen de competencia. El artículo 22 de la Ley 142 de 1994 desarrolla el principio de libertad de empresa, comúnmente conocido como libertad de entrada, previsto en el artículo 10 de la misma ley.*

*Este principio consiste en permitir que las empresas debidamente constituidas y organizadas desarrollen su objeto social sin que sea necesaria la expedición de algún título habilitante por parte de las autoridades administrativas. Con ello se busca que en el régimen de competencia de los servicios públicos domiciliarios no existan barreras legales o procedimientos administrativos que obstaculicen el ingreso de nuevos operadores al mercado.*

*Una de las formas de evitar que se obstruya o restrinja la libre competencia económica y se presenten prácticas abusivas es garantizando que quien demanda un bien o servicio pueda tener una gama de ofertas que le permitan decidir libremente a quien le compra, esta garantía en la Ley 142 de 1994 se denomina libre elección de prestador del servicio, la cual se encuentra prevista en el artículo 9.*

De este modo, según el régimen de funcionamiento de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, consagrado en el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, no se requiere permiso para el desarrollo de su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias referidas en los artículos 25 y 26 Ibídem, de acuerdo con la naturaleza de su actividad.

De lo anterior se desprende que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 142 de 1994 la prestación de los servicios públicos por parte de las empresas que se organicen conforme a esa ley para su prestación no requiere concesión, salvo los casos a que se refiere el numeral 39.1 de la Ley 142 de 1994.

Por tanto, constitucional y legalmente el régimen de servicios públicos se funda en un principio de libertad económica, razón por la cual las empresas, en principio, no requieren de permisos ni para su constitución ni para su operación (...) (subraya fuera de texto)

En este sentido y conforme con lo indicado, la regla general es que quien se constituya como prestador de servicios públicos domiciliarios, sin importar la forma asociativa escogida o su naturaleza, puede prestar estos servicios o las actividades complementarias a los mismos, siempre y cuando estos se encuentren incluidos en su objeto social, en cualquier lugar del territorio nacional, sin que para ello requiera de algún título habilitante otorgado por el ente territorial en el cual vaya a prestar el servicio o por esta Superintendencia que lo faculte para el efecto. De esta forma, los requisitos de constitución dependerán de la forma organizativa escogida.

Conforme con lo expuesto, será competente cada una de las autoridades, según verificación del futuro prestador, establecer conforme con la norma, los permisos, licencias y/o concesiones que se requieren de forma previa a la prestación del servicio o actividad complementaria pertinente, motivo por el cual, este es un aspecto que escapa de la órbita competencial de esta Superintendencia.

## **ii) Conformación de empresas de servicios públicos domiciliarios.**

Conforme con lo expuesto en el numeral anterior, y teniendo en cuenta que todas las personas tienen derecho a organizar y operar empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, es de advertir que este derecho a la libre competencia supone el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades que por tal causa surgen, tales como, las previstas en el artículo 11 de la Ley 142 de 1994, pues la empresa -como base del desarrollo- tiene una función social, mientras que el Estado con respecto a su creación y operación, debe impedir las restricciones a la libertad económica a través de prácticas anticompetitivas.

Ahora bien, en cuanto a las personas que pueden prestar servicios públicos domiciliarios y sus actividades complementarias, es de indicar que el artículo 15 ibídem, dispone:

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

*15.1. Las empresas de servicios públicos.*

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

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

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

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

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

Respecto de la conformación de las empresas de servicios públicos, como una de las tipologías autorizadas para la prestación de servicios públicos domiciliarios contenida en el mencionado numeral 15.1., resulta oportuno hacer referencia al régimen jurídico a estas aplicable, así como a su naturaleza, por lo que es preciso traer a colación lo señalado por esta oficina Asesora Jurídica en el concepto SSPD-OJ-2021-284, así:

*“(…) el legislador expidió la Ley 142 de 1994, mediante la cual se establece la normativa de los servicios públicos domiciliarios. Dicha disposición determinó expresamente cuál era régimen jurídico de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.*

*De manera particular, en el artículo 17 de la referida norma se precisó que “las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.” Esto quiere decir que los prestadores de servicios públicos domiciliarios que se constituyen como empresas, pueden adoptar alguna de las formas reconocidas por la legislación, esto es, (i) sociedades anónimas (S.A.), (ii) sociedades en comandita por acciones (S. en C.A.) y (iii) sociedades por acciones simplificadas (S.A.S). Así, al constituirse como sociedades por acciones, adquieren la condición de sociedades comerciales cuyo objeto social está determinado por la ley.*

*En línea con lo anterior, el artículo 19 de la Ley 142 de 1994 dispuso cual era el régimen jurídico de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Dice el artículo citado:*

*(…)*

*Nótese como la Ley 142 de 1994 determinó que las empresas de servicios públicos domiciliarios deben seguir unas reglas especiales establecidas en el artículo 19. Sin embargo, en relación con cualquier otro aspecto no contemplado en dicho artículo remitió, expresamente, a las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas. En otras palabras, las empresas de servicios públicos domiciliarios son sociedades comerciales que deben cumplir, además de las disposiciones especiales de la Ley 142 de 1994, todas las que resulten aplicables a las sociedades anónimas y, en general, a las sociedades comerciales.”* (subraya fuera de texto)

Así las cosas y conforme con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, los prestadores que se quieran constituir como una empresa de servicios públicos - ESP, deberá hacerlo adoptando una de las siguientes formas societarias por acciones: i) sociedad anónima, ii) sociedad en comandita por acciones, o iii) sociedad por acciones simplificada. Adicionalmente, es preciso indicar que la naturaleza jurídica de las ESP no solo se determina por el tipo societario que adopte, sino también por la naturaleza y el porcentaje de sus aportes de capital, tal como lo indica el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, así:

*“ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

*(…)*

14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

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. (...)” (subraya fuera de texto)

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que, para la conformación de una ESP bajo la modalidad de Sociedad por Acciones Simplificada - SAS, será necesario dar aplicación integral y prevalente a las disposiciones aplicables a este tipo de sociedades contenidas en la Ley 1258 de 2008, se reitera, en cuanto a su conformación.

Ahora bien, es de precisar, conforme con lo expuesto en la Sentencia C-736 de 2007, que las empresas de servicios públicos mixtas y las privadas, estas últimas entendidas como aquellas que tienen aportes mayoritariamente privados, con cualquier porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas que pertenecen a la estructura de la Rama Ejecutiva del poder público, diferentes de las sociedades de economía mixta previstas en la Ley 489 de 1998. Sobre el particular señaló:

“(…) Obsérvese que si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas “las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.” (Subraya la Corte). **Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad. (...)**” (resaltado fuera de texto)

En concordancia con todo lo anterior, es preciso señalar que conforme lo establece el numeral 11.8, artículo 11 de la Ley 142 de 1994 es deber de los prestadores “*informar el inicio de sus actividades a la respectiva Comisión de Regulación y a Superintendencia de Servicios Públicos, para que estas autoridades puedan cumplir sus funciones*”.

Esta obligación de información, en lo que respecta a la Superservicios, se materializa en la inscripción del prestador en el RUPS, ya que una vez inicia la operación de los servicios que va a prestar e informa de ello a la Superservicios y a la Comisión de Regulación correspondiente, debe proceder a inscribirse en el RUPS, obligación que surge de la función contenida en el numeral 9, artículo 79 de la Ley 142 de 1994 la cual establece que se encuentra a cargo de la Superservicios, “*Mantener un registro actualizado de las entidades que prestan los servicios públicos.*”

Para tal efecto, esta Superintendencia creó e implementó el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos – RUPS, en el cual los prestadores deben inscribirse una vez inician la operación

del servicio, registrando, entre otros, el servicio público que prestan con sus respectivos componentes, el área de prestación del servicio, el número de suscriptores y la fecha de inicio de sus actividades.

Al respecto es de precisar que, actualmente el régimen de inscripción, actualización y cancelación del RUPS se encuentra contenido en la Resolución SSPD No. 20181000120515 del 25 de septiembre de 2018, en la cual se determina los requerimientos que deben surtir los prestadores de estos servicios ante la Superservicios, para efectuar la inscripción correspondiente, igualmente consagra aspectos como los siguientes:

- (i) Las condiciones de tiempo, modo y lugar para realizar la inscripción al RUPS, así como también la documentación necesaria que debe adjuntarse al momento de la solicitud.
- (ii) En lo respectivo a la actualización, determinó además de la documentación necesaria, las fechas en las cuales deben realizarse las actualizaciones según el servicio prestado.
- (iii) En cuanto a la cancelación, señaló los términos y condiciones para solicitarlas según los servicios públicos domiciliarios prestados.

De este modo, resulta relevante traer a colación el contenido de los artículos 2, 3, 6 y 7 de la mencionada resolución, que sobre el particular establecen:

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

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

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

*“ARTÍCULO 6 INFORMACIÓN A REPORTAR Y DOCUMENTOS REQUERIDOS PARA LOS TRÁMITES DE INSCRIPCIÓN, ACTUALIZACIÓN Y CANCELACIÓN. La información a reportar para efectos de la inscripción ante la Superservicios y los documentos que soporten la misma, será específica para cada prestador, según las particularidades de cada uno de los servicios atendidos y actividades prestadas, de acuerdo con lo establecido en la tabla que para el efecto se encuentra*

*publicada en la página web del SUI, [www.sui.gov.co](http://www.sui.gov.co) una vez efectuada la inscripción del prestador en el RUPS, deberá dar inicio al cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la misma.*

*“ARTÍCULO 7 REMISIÓN DE DOCUMENTOS. Para la inscripción, actualización y/o cancelación del registro, el prestador deberá adjuntar los documentos soporte a través del aplicativo correspondiente, ya que este es el único medio establecido por la Superservicios, para la realización de estos trámites.” (subraya fuera de texto)*

De lo anterior es dable señalar que, la documentación e información que el prestador debe allegar para inscribirse, actualizar la inscripción o cancelarla, será la que específicamente atienda a las particularidades del servicio o actividades complementarias que va a prestar, y que se encuentran descritas a detalle en la página web de la Superservicios, en el enlace del Sistema Único de Información - SUI, pues una vez cumplida la inscripción en el RUPS, el prestador deberá dar cumplimiento a las obligaciones que de ello se derivan.

Cabe aclarar, que conforme lo dispone el artículo 7 citado, el trámite de inscripción y la remisión de la documentación correspondiente, deberá efectuarse a través del aplicativo dispuesto para el efecto, ya que es el único medio destinado a este fin.

De igual forma vale precisar que, el hecho de omitir la obligación de informar el inicio de actividades por parte de los prestadores, lo cual se materializa con la inscripción en el RUPS, no exime a un prestador de la inspección, vigilancia y control que la Superintendencia debe realizar sobre ellos, esto sin perder de vista que, dicho incumplimiento puede acarrear la imposición de las sanciones administrativas contempladas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, previo adelantamiento de la actuación administrativa pertinente.

Vale informar al respecto, que la Superservicios tiene a disposición de los prestadores el Manual de registro único de prestadores de servicios públicos – RUPS EMPRESA, en donde se detalla paso a paso el proceso de inscripción, actualización y cancelación del RUPS, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace:

[https://sui.superservicios.gov.co/sites/default/files/inline-files/Manual\\_usuario%2BRUPS-v4.pdf](https://sui.superservicios.gov.co/sites/default/files/inline-files/Manual_usuario%2BRUPS-v4.pdf)

De esta manera, el prestador deberá crear un usuario con su respectiva contraseña en la página [www.sui.gov.co](http://www.sui.gov.co) y registrarse en el RUPS, atendiendo lo dispuesto en la mencionada Resolución SSPD No. 20181000120515 de 2018.

En todo caso es preciso indicar que, la inscripción del registro ante la Superservicios por parte de un prestador, no constituye autorización, permiso o licencia de funcionamiento, a su vez, no certifica la capacidad o la idoneidad de este, así como tampoco sustituye el registro ante la Cámara de Comercio del domicilio de la sociedad o ante cualquier autoridad que la empresa esté obligada a efectuar.

De igual forma vale recordar, que por regla general no es viable inscribirse como prestador de servicios públicos domiciliarios antes del inicio de actividades, ya que solamente cuando se inicia la operación del servicio o de las actividades complementarias a este, puede la Superservicios iniciar el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones de carácter preventivo que pueda adelantar esta Superintendencia, en su calidad de autoridad y policía administrativa.

**iii) Infraestructura para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.**

Ahora bien, atendiendo que la consulta refiere como antecedente la participación de un ente territorial en la conformación de una empresa de servicios públicos domiciliarios a través de la entrega y recibo a satisfacción de la infraestructura de la construcción del plan maestro de alcantarillado sanitario y pluvial, es preciso indicar que la prestación de los servicios públicos domiciliarios puede ser efectuada por el Estado, de forma directa o indirecta.

Concretamente, el artículo 367 Constitucional determina que los municipios se encuentran facultados de forma excepcional, para prestar los servicios públicos de manera directa, cuando las características técnicas y económicas de los mismos y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen. Es así, como el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 establece los supuestos en los que esta prestación directa procede por parte de un municipio, de la siguiente forma:

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

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

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

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

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

De acuerdo con la disposición en cita, si bien los municipios por expresa disposición constitucional pueden prestar de forma directa los servicios públicos domiciliarios, esta prestación es de carácter excepcional, pues la regla general es que estos sean prestados por los particulares, motivo por el cual, sólo en la medida en que se haya agotado el procedimiento contemplado en el artículo 6, podrán los entes territoriales hacerlo directamente.

Ahora, respecto de la prestación indirecta del servicio por parte de los entes territoriales, la cual se presenta cuando en ejercicio de sus facultades conforman empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, la empresa constituida será un actor más dentro del mercado, y por tanto, debe el municipio respetar los principios de libertad de entrada y las condiciones de competencia en

la prestación, por lo que deberá abstener de otorgar ventajas a aquellas empresas constituidas como oficiales, o en las que tenga alguna participación el municipio.

Bajo este contexto, se debe tener presente que cuando los municipios son propietarios de bienes e infraestructura destinada a la prestación de servicios públicos domiciliarios, y desean prestar dichos servicios de forma indirecta a través de su participación en la conformación de empresas de servicios públicos, puede entregar como aportes las redes y/o infraestructura. Dicho aporte puede ser efectuado al momento de la constitución de la empresa, o posteriormente. Para el efecto deberá verificarse, entre otros, lo señalado en los artículos 19, 27 y 183 de la Ley 142 de 1994.

Así mismo, los municipios pueden celebrar contratos de concesión o similares con prestadores de servicios públicos domiciliarios conforme lo señalado en los artículos 31 y 39 ibídem, en los cuales entregue los bienes y la infraestructura de su propiedad, sin transferencia de dominio, a su vez, podrá hacer aportes bajo condición a los prestadores ubicados en su territorio, de bienes de su propiedad, en virtud de lo dispuesto en el numeral 87.9, artículo 87 de la Ley 142 de 1994. Esta condición implica que el valor de los bienes aportados no se incluya en el cálculo de las tarifas que se cobren a los usuarios. La norma en mención señala:

*“ARTÍCULO 87. CRITERIOS PARA DEFINIR EL RÉGIMEN TARIFARIO. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.*

(...)

*87.9. (Modificado por el artículo 8 del Decreto Legislativo 819 de 2020). Las entidades públicas podrán aportar bienes o derechos a las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios y que en el presupuesto de la entidad que autorice el aporte figure este valor. Las Comisiones de Regulación establecerán los mecanismos necesarios para garantizar la reposición y mantenimiento de estos bienes. (...)* (subraya fuera de texto)

De otra parte, cabe señalar que el párrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 señala que los contratos celebrados con el objeto de asumir la prestación de los servicios públicos entre entes territoriales y empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de cualquier naturaleza (oficial, mixta o privada), deberán regirse para todos los efectos por el Estatuto General de la Contratación Pública. Dicha norma expresa:

*“ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.*

(...)

**PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.”** (resaltado fuera de texto)

De este modo, para la entrega de la prestación de los servicios públicos domiciliarios los entes territoriales tendrán la obligación de aplicar las disposiciones de la Ley 80 de 1993, es decir, deberá organizar la respectiva licitación pública, en la cual podrán participar todas las empresas interesadas de cualquier naturaleza, incluso, las empresas de servicios públicos oficiales, las cuales participarán en igualdad de condiciones con todas aquellas que se encuentren interesadas en hacer la prestación.

Conforme lo expuesto, podrán existir inicialmente los siguientes escenarios:

i) El ente territorial deberá dar aplicación al parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 cuando este y el prestador de un servicio de cualquier naturaleza, celebren contratos para que la empresa asuma la prestación del servicio, en este evento, el contrato a suscribir deberá adelantarse bajo las disposiciones de la Ley 80 de 1993, por lo tanto, deberá organizar una licitación pública, en la cual todos los prestadores interesados participen en igualdad de condiciones.

ii) El ente territorial podrá entregar como aporte la infraestructura para la constitución de una empresa en la cual hará parte, en cuyo caso, considerando que será un prestador indirecto, deberá verificar, entre otros, lo señalado en los artículos 19, 27 y 183 de la Ley 142 de 1994. Para el efecto, se considera importante resaltar que la infraestructura a entregar deberá estar disponible, es decir, que no esté sujeta a condiciones particulares de cumplimiento de obligaciones adquiridas de forma previa, como podría serlo, por ejemplo, la utilización de la misma por otro prestador en el marco de una licitación.

iii) Si el ente territorial pretende entregar la infraestructura del servicio público y a su vez, es prestador actual de ese servicio público (ej. contrato de operación), para el caso puntual de infraestructura de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, la entrega deberá estar sometida a las reglas de la Resolución CRA 151 de 2001 y sus modificaciones, norma actualmente compilada en la Resolución CRA 943 de 2021, artículos 1.4.2.1 y siguientes.

iv) A partir de lo enunciado en el numeral 87.9, artículo 87 de la Ley 142 de 1994 podrá realizarse la entrega de la infraestructura construida con recursos públicos a un prestador, reservándose la propiedad la entidad pública que realice los aportes, descontando el prestador del servicio de la tarifa cobrada al usuario, el costo de inversión, lo cual constituirá un subsidio para todos los usuarios a los cuales se realice la prestación del servicio con dicha infraestructura. Esta figura es conocida como aporte bajo condición.

En este contexto, es de precisar que, la prestación del servicio público de alcantarillado se realiza a través de diferentes tipos de infraestructura, la cual se clasifica de la siguiente forma, en el marco de la consulta que nos ocupa: i) red matriz o primaria de alcantarillado y ii) red secundaria o red local de alcantarillado, definidas en los numerales 7 y 8 del artículo 2.3.1.1.1 del Decreto 1077 de 2015, así:

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

*(...)*

*7. RED MATRIZ O RED PRIMARIA DE ALCANTARILLADO. Es el conjunto de tuberías, accesorios, estructuras y equipos que reciben el agua procedente de las redes secundarias o locales y las transporta hasta las plantas de tratamiento de aguas residuales o hasta el sitio de su disposición final.*

Su diseño, construcción y mantenimiento estará a cargo de la empresa prestadora del servicio, la cual deberá recuperar su inversión a través de tarifas de servicios públicos.

(Decreto 3050 de 2013, artículo 3o).

8. **RED SECUNDARIA O RED LOCAL DE ALCANTARILLADO.** Conjunto de tuberías, accesorios, estructura y equipos que conforman el sistema de evacuación y transporte de las aguas lluvias, residuales o combinadas de una comunidad y al cual descargan las acometidas de alcantarillado de los inmuebles y llega hasta la red matriz o primera de alcantarillado. Su diseño y construcción corresponde a los urbanizadores.

(Decreto 3050 de 2013, artículo 3o). (...)” (subraya fuera de texto)

Conforme con las definiciones en cita, es preciso anotar lo siguiente respecto de las redes de alcantarillado: i) en cuanto a la red primaria o matriz, su diseño, construcción y mantenimiento corresponderá al prestador del servicio, y ii) el diseño y construcción de la red secundaria o local corresponderá al urbanizador, no obstante, el mantenimiento y reparación corresponderá al prestador de forma posterior a la entrega de la red por parte del urbanizador.

Finalmente, es preciso informar que, atendiendo a la libre competencia económica de los intervinientes en la prestación de los servicios públicos, pueden existir dos o más prestadores de un mismo servicio en determinado municipio, sin embargo, en el evento en el que algún prestador considere que otro está realizando actos que afectan la libre competencia, deberán acudir a la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC, entidad que de conformidad con la Ley 1340 de 2009 es la competente para dirimir los asuntos relativos a la protección de la competencia, como Autoridad Nacional de Protección de la Competencia.

Lo anterior, sin dejar de lado que, al ser aspectos que atañen a la libre competencia de un mercado, como lo es el de la prestación de los servicios públicos de alcantarillado y acueducto, puede implicar algunas excepciones, en el marco de lo denominado como “monopolio natural” en el cual una empresa pública o una empresa privada puede generar toda la producción del mercado con un costo menor al que podría ser ofrecido por varias entidades públicas y/o empresas privadas compitiendo.

En este sentido, considera pertinente esta Oficina traer el siguiente extracto contenido en el documento denominado “Regulación de la industria de agua potable – Volumen I: Necesidades de información y regulación estructural” producido por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe - Cepal, el cual en lo pertinente menciona:

*“(...) los servicios de agua potable y alcantarillado son un ejemplo clásico de monopolio natural local. Puede decirse que se trata del servicio público más monopólico y, como tal, exhibe una resistencia excepcional a casi todas las formas de competencia. La competencia directa de mercado en los servicios de agua potable y alcantarillado en una región determinada extrañaría una superposición ineficaz y antieconómica de redes de agua y de alcantarillado, cuyo costo sería prohibitivo. Además, este tipo de competencia duraría muy poco, porque llevaría a la bancarrota de las empresas rivales y a la consolidación del monopolio. (...)”<sup>111</sup> (resaltado fuera de texto)*

**iv) Entrega de infraestructura para la prestación de los servicios públicos domiciliarios – concurrencia de oferentes.**

La resolución CRA 943 de 2021, compilatoria de la regulación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, frente al régimen contractual, particularmente de las personas prestadoras de dichos servicios, señala:

*“ARTÍCULO 1.4.1.1. REGLA GENERAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. De conformidad con lo establecido en los artículos 30, 31, 32 y 39 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos que celebren las personas prestadoras de servicios públicos se someten en cuanto a su formación, cláusulas y demás aspectos legales al régimen del derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley.*

*(Resolución CRA 151 de 2001, art. 1.3.2.1).*

*ARTÍCULO 1.4.1.2. CONTRATOS QUE DEBEN CELEBRARSE POR MEDIO DE LICITACIÓN PÚBLICA. Se someterán al procedimiento de licitación pública contenido en la Ley 80 de 1993, los siguientes contratos:*

*a) Los contratos que celebren las entidades territoriales que incluyan cláusulas por medio de las cuales se crea un área de servicio exclusivo, o los que tengan por objeto modificar algunas de las cláusulas de los contratos que hayan creado tales áreas, en el sentido de modificar el concesionario, las tarifas, el área, su tamaño, el programa de inversiones o el término de duración de la misma;*

*b) Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación.*

*Nota: La expresión “servicio público domiciliario de aseo” fue modificada por la expresión “servicio público de aseo”, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 689 de 2001.*

*(Resolución CRA 151 de 2001, art. 1.3.2.2). (Modificado por Resolución CRA 242 de 2003, art. 1).” (Subraya fuera de texto)*

En este contexto, por regla general los actos y contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado, salvo algunas excepciones que, según lo señalado, se realizarán a través de licitación pública conforme con la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, los artículos 1.4.2.1 y 1.4.2.2 de la citada Resolución CRA 943 de 2021 desarrollan lo concerniente a la concurrencia de oferentes en el marco de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, así:

*“ARTÍCULO 1.4.2.1. CONTRATOS SOMETIDOS A PROCEDIMIENTOS QUE ESTIMULAN LA CONCURRENCIA DE OFERENTES. De conformidad con lo establecido en la Ley 142 de 1994, las entidades territoriales y las personas prestadoras de servicios y actividades a que se refiere la presente resolución, deben someterse a procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes en los siguientes casos:*

*a. Los contratos previstos en los literales a, b, c, d, y e. del artículo 1.4.2.2 de la presente resolución, salvo las excepciones previstas en el artículo 1.4.2.3 de esta resolución.*

*b. Al realizar la convocatoria a que hace referencia el artículo 6 de la Ley 142 de 1994.*

*c. Los contratos en los cuales las entidades oficiales transfieren la propiedad o el uso y goce de los bienes que destinan especialmente a prestar los servicios públicos, concesiones, arrendamiento o similares, en virtud de los cuales se transfiere la posibilidad para que el contratista preste total o parcialmente el servicio a usuarios finales a los que puede cobrar tarifas. En este caso el procedimiento de selección de la persona prestadora es el previsto en el artículo siguiente.*

d. En los demás casos que se requiera de conformidad con norma expresa de la Parte 12 del Libro 1 y el Título 2 de la Parte 4 del Libro 1 de la presente resolución.

(Resolución CRA 151 de 2001, art. 1.3.5.2).

**ARTÍCULO 1.4.2.2. CONTRATOS QUE DEBEN CELEBRARSE POR MEDIO DE PROCEDIMIENTOS REGULADOS QUE ESTIMULAN CONCURRENCIA DE OFERENTES. Se someterán a los procedimientos regulados, para estimular la concurrencia de oferentes:**

a. Los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo para la administración profesional de acciones, a los que se refiere el numeral 39.2 del Artículo 39 de la Ley 142 de 1994.

b. Los que celebren las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo con quienes sean sus competidoras.

c. Los que celebre una persona prestadora de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo que tiene posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad consiste en distribuir bienes provistos por terceros, con un tercero en cuyo capital tenga una participación superior al veinticinco por ciento (25%).

d. Todos los que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo para plazos superiores a cinco años.

e. Los que celebren las entidades territoriales y/o las empresas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo, con el objeto de asociarse con otras personas para la creación o transformación de personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo, con el fin de que la empresa constituida o transformada asuma total o parcialmente la prestación del servicio respectivo y/o administre los bienes destinados de forma directa y exclusiva a la prestación del mismo y/o los ingresos recaudados vía tarifas; y/o los que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo con el objeto de transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes destinados de forma directa y exclusiva a prestar los servicios públicos, concesiones o similares y puedan cobrar tarifas a los usuarios finales, así como los que tengan por objeto transferir, a cualquier título, la administración de los bienes destinados a la prestación del servicio y/o de los ingresos recaudados vía tarifas. (...)

*Nota: El párrafo segundo que fue adicionado por el artículo 3 de la Resolución CRA 242 de 2003, fue declarado nulo mediante Sentencia del Consejo de Estado de 29 de marzo de 2012 Exp. 11001-03-26-000-2003-00060-01(25693). MP. Danilo Rojas Betancourth.*

*Nota: La expresión “servicio público domiciliario de aseo” fue modificada por la expresión “servicio público de aseo”, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 689 de 2001.*

(Resolución CRA 151 de 2001, art. 1.3.5.3). (Modificado por Resolución CRA 242 de 2003, art. 2).” (subraya fuera de texto)

Conforme con la norma expuesta, para el caso de los servicios de saneamiento básico (alcantarillado y aseo), existen algunos contratos sometidos a estimular la concurrencia de oferentes, la cual es definida en el artículo 1.2.1 ibídem así:

**“PROCEDIMIENTOS REGULADOS QUE ESTIMULAN LA CONCURRENCIA DE OFERENTES. Se entiende por procedimientos regulados que estimulan la concurrencia de oferentes, los que adopte**

internamente cada persona prestadora, en los casos previstos en esta resolución, para conseguir, que se favorezcan los principios consagrados en el artículo 209<sup>121</sup> de la Constitución Política.

(Resolución CRA 151 de 2001 art. 1.2.1.1). (Modificado por Resolución CRA 271 de 2003 art. 1).” (subraya fuera de texto)

De esta forma, el artículo 1.4.2.6. ibídem frente a los principios de la concurrencia de oferentes consagra:

“ARTÍCULO 1.4.2.6. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN. Las normas sobre estímulo a la concurrencia de oferentes en la contratación para la prestación de los servicios a que hace referencia la presente resolución, se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar de la Ley 142 de 1994; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios. (Resolución CRA 151 de 2001, art. 1.3.5.8).” (resaltado fuera de texto)

Con forme la norma en cita, la concurrencia de oferentes deberá ser verificada en los contratos establecida para el efecto, buscando la aplicación de los principios que gobiernan la función pública, así como los principios que gobiernan la prestación de los servicios públicos domiciliarios consagrados en la ley 142 de 1994, para cumplir con los siguientes fines: i) de garantizar la libre competencia, ii) impedir los abusos de posición dominante y iii) favorecer la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

De otra parte, es preciso mencionar que la norma en mención realiza algunas excepciones frente al deber de usar procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes y procedimientos para otros contratos así:

“ARTÍCULO 1.4.2.3. EXCEPCIONES AL DEBER DE USAR LICITACIÓN PÚBLICA O PROCEDIMIENTOS REGULADOS QUE ESTIMULEN LA CONCURRENCIA DE OFERENTES. No será obligatorio utilizar licitación pública o los otros procedimientos regulados en los siguientes casos:

a. Por razón de la cuantía. Cuando el valor de los contratos en relación con los presupuestos anuales de las entidades contratantes, o su más reciente cifra anual de ventas, expresados en salarios mínimos legales mensuales, se encuentre dentro de las cifras determinadas como de menor cuantía en la Ley 80 de 1993.

b. Por razón del objeto de los contratos. Para celebrar los contratos de mutuo, prestación de servicios profesionales, desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, y arrendamiento o adquisición de inmuebles.

c. Por razón de las circunstancias en las que ha de celebrarse el contrato. Si hay urgencia manifiesta; pero los contratos en que se invoque esta causal no pueden celebrarse a plazos superiores a seis (6) meses.

d. Por razón de las condiciones de mercado. Cuando no se ha recibido ninguna manifestación de interés, ni se sepa de la existencia de una pluralidad de oferentes.

e. Los contratos que se celebren con recursos provenientes de organismos internacionales de los cuales haga parte Colombia o los que se celebren en el marco de convenios internacionales.

f. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 226 de 1995, los contratos de asociación en que una empresa prestadora de los servicios públicos de acueducto y/o alcantarillado, realiza aportes de capital en otra empresa de acueducto y/o alcantarillado, con el objeto de ampliar la cobertura de cualquiera de

estos servicios, para que sea posible la realización de proyectos, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 104 de la Ley 788 de 2002 y en sus decretos reglamentarios, siempre que en dichos contratos se estipule como mínimo:

1. Que el valor de toda acción suscrita sea pagado en su totalidad al momento de la suscripción.
  2. La forma en que dará cumplimiento a lo establecido en el artículo 4o del Decreto 912 de 2003, modificado por el artículo 2o del Decreto 1835 de 2003, o las normas que los sustituyan o adicionen.
- g. Los que celebren las entidades territoriales, con otras entidades territoriales con el fin de crear empresas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo, que presten el servicio en sus zonas de influencia.

(Resolución CRA 151 de 2001, art. 1.3.5.4). (Modificado por Resolución CRA 264 de 2003, art. 1).

ARTÍCULO 1.4.2.4. PROCEDIMIENTOS PARA OTROS CONTRATOS. Los demás contratos para los que no existe en esta resolución procedimiento señalado y que celebren las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, se ceñirán a lo dispuesto en los procedimientos que internamente determine la entidad, cumpliendo con el criterio de asegurar concurrencia de eventuales contratistas en igualdad de condiciones. (...) (Resolución CRA 151 de 2001, art. 1.3.5.6)." (subraya fuera de texto)

En este contexto, corresponderá al prestador, así como a las entidades territoriales determinar la aplicación de las normas según el contrato a suscribir, para el caso de la consulta, en la prestación del servicio público de alcantarillado propendiendo por: i) garantizar la libre competencia, ii) impedir los abusos de posición dominante y iii) favorecer la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

#### **v) Régimen de los Subsidios en los servicios públicos de acueducto y alcantarillado.**

En cuanto al otorgamiento de subsidios en el régimen de servicios públicos domiciliarios, la Constitución Política plantea que los subsidios se concederán para que los usuarios de menores ingresos cubran sus necesidades básicas. En particular,, el artículo 368 ibídem, reza:

"ARTÍCULO 368. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas". (subraya fuera de texto)

Por su parte, la Ley 142 de 1994 define los subsidios en el numeral 14.29, artículo 14 como: "Diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de éste, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe".

Vale precisar que la diferencia mencionada en esta definición, proviene de dos fuentes (i) del cobro de la contribución de solidaridad a los usuarios de estratos 5 y 6 e industriales y comerciales, tributo que es del orden territorial para el sector de acueducto, alcantarillado y aseo, mientras que, para el sector de energía eléctrica y gas combustible, es de carácter nacional; y (ii) de las apropiaciones presupuestales que realizan los entes territoriales señalados en el artículo 368 de la Constitución, con la finalidad de efectuar inversión social para compensar la capacidad de pago de los usuarios.

Como consecuencia de lo anterior, el numeral 5.3 del artículo 5 ibídem, establece como una de las obligaciones de los municipios y distritos, otorgar subsidios a los usuarios de menores ingresos, con cargo al presupuesto del ente territorial.

Este aspecto fue reglamentado por el artículo 99 de la Ley 142 de 1994, el cual desarrolla las reglas que deben seguir las entidades relacionadas en el citado artículo 368 de la Constitución Política para conceder subsidios. Puntualmente, el numeral 99.7 señala:

*“Los subsidios sólo se otorgarán a los usuarios de inmuebles residenciales y a las zonas rurales de los estratos 1 y 2; las comisiones de regulación definirán las condiciones para otorgarlos al estrato 3”.*

Siendo así, se tiene que los subsidios deben ser otorgados a: i) usuarios de inmuebles residenciales estratos 1 y 2, ii) usuarios de las zonas rurales de los estratos 1 y 2 y iii) eventualmente, a los usuarios del estrato 3 si así lo define la comisión de regulación respectiva. Nótese que la norma no permite el otorgamiento de subsidios a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, sino a los usuarios de menores ingresos.

Ahora bien, en cuanto al factor o porcentaje del costo del suministro que debe ser subsidiado, es de mencionar que, inicialmente, el numeral 99.6 ibídem establecía:

*“(…) 99.6. La parte de la tarifa que refleje los costos de administración, operación y mantenimiento a que dé lugar el suministro será cubierta siempre por el usuario; la que tenga el propósito de recuperar el valor de las inversiones hechas para prestar el servicio podrá ser cubierta por los subsidios, y siempre que no lo sean, la empresa de servicios públicos podrá tomar todas las medidas necesarias para que los usuarios las cubran (…)”* (subraya fuera de texto)

Es de indicar que, aun cuando los subsidios deben ser otorgados a los usuarios, pues es respecto de estos que se establecen los factores pertinentes, ello no significa que dichos recursos deban ser girados directamente a los usuarios para que posteriormente paguen sus servicios públicos domiciliarios. Lo anterior, considerando que el artículo 89 de la Ley 142 de 1994 señala que los recursos de los subsidios de los usuarios podrán considerarse para su aplicación dos formas: i) recibidos y compensados directamente por los prestadores de servicios públicos domiciliarios mediante el cobro de la contribución de solidaridad, y/o ii) girados a los prestadores desde los Fondos de Solidaridad y Redistribución.

Siendo así, los usuarios no reciben directamente ningún recurso por concepto del subsidio, sino que este beneficio se ve reflejado en la tarifa final cobrada por el prestador que realiza la prestación del servicio, como resultado de restar el monto de subsidio correspondiente al costo de suministro del servicio, puntualmente, frente al consumo básico de subsistencia, en los términos del numeral 99.5, artículo 99 de la Ley 142 de 1994 y artículo 2.3.4.1.1.3 del Decreto 1077 de 2014 los cuales señalan:

*“99.5. Los subsidios no excederán, en ningún caso, del valor de los consumos básicos o de subsistencia. Los alcaldes y los concejales tomarán las medidas que a cada uno correspondan para crear en el presupuesto municipal, y ejecutar, apropiaciones para subsidiar los consumos básicos de acueducto y saneamiento básico de los usuarios de menores recursos (…)”*. (subraya fuera de texto)

*“ARTÍCULO 2.3.4.1.1.3. OBJETO DEL SUBSIDIO. Podrá ser objeto del subsidio, la facturación correspondiente al valor del consumo básico de los beneficiarios del subsidio y los costos económicos para garantizar la disponibilidad permanente del servicio. Igualmente, los cargos por aportes de conexión domiciliaria, incluyendo la acometida y el medidor de los estratos 1, 2 y 3 podrán ser subsidiados (artículo 97 de la Ley 142 de 1994).”* (subraya fuera de texto)

Como se observa, más allá de la prestación efectiva del servicio, la norma no exige a los prestadores de estos servicios públicos ser propietarios de la infraestructura a través de la cual se prestan. Del

contenido de la norma se puede establecer que, el prestador del servicio, es decir, quien realice efectivamente la prestación del servicio es a quien deben ser entregados los valores del mismo, considerando que son asignados a los usuarios como un descuento en el valor que deben pagar en las facturas, de forma particular, en cuanto refiere al valor del consumo básico, de conformidad con los porcentajes asignados en el artículo 125 de la Ley 1450 de 2011.

En este sentido y en cuanto refiere a las transferencias de las entidades territoriales por concepto de subsidios en los servicios públicos, el artículo 2.3.4.1.2.11 del Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015 señala:

*“ARTÍCULO 2.3.4.1.2.11. TRANSFERENCIAS DE DINERO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las transferencias de dinero de las entidades territoriales a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos por concepto de subsidios, **deberán ser giradas a la entidad prestadora del servicio público para la aplicación de los subsidios**, en un plazo de treinta días, contados desde la misma fecha en que la entidad prestadora expida la factura a cargo del municipio (artículo 99.8 de la Ley 142 de 1994).*

*Para asegurar esta transferencia, los recursos destinados a otorgar subsidios, y que provengan de las tesorerías de las entidades territoriales, deberán ceñirse en su manejo a lo que se estipule en el contrato que para el efecto debe suscribirse entre el municipio, distrito, o departamento y las entidades encargadas de la prestación de los servicios públicos, en el que, entre otros, se establecerán los intereses de mora.*

*Los alcaldes y concejales deberán dar prioridad a las apropiaciones para los servicios de acueducto y alcantarillado, sobre otros gastos que no sean indispensables para el funcionamiento del ente territorial respectivo (artículo 99.5 de la Ley 142 de 1994)”. (resaltado fuera de texto).*

Conforme con la norma en cita, es obligación de los entes territoriales y de los prestadores, para efectos de la transferencia del dinero correspondiente a la aplicación de los subsidios, suscribir los contratos de transferencia, sin que la omisión de hacerlo sirva de excusa para incumplir con la obligación legal de transferirlos para el otorgamiento de estos, toda vez, que tales recursos se encuentran constitucionalmente protegidos y destinados a un fin específico.

Por tal razón, si los recursos han sido apropiados por el municipio o distrito y el prestador a través de una cuenta de cobro o factura le solicita el giro de estos recursos, es procedente la entrega de los mismos aunque no se haya suscrito el convenio o contrato correspondiente, sin perjuicio de las actuaciones disciplinarias a que haya lugar por tal omisión.

## **CONCLUSIONES**

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se procede a resolver los interrogantes presentados en el escrito de petición:

1. *“¿Cuáles son los requisitos para que la ESPG-SAS-ESP que es la empresa que represento pueda operar el servicio de alcantarillado en el municipio de (...)?”*

De conformidad con el artículo 22 de la Ley 142 de 1994 los prestadores constituidos y organizados en debida forma, para poder operar, deberán obtener de las autoridades competentes las concesiones, permisos y licencias a que aluden los mencionados artículos 25 y 26. De igual manera, en atención al principio de libertad de entrada, las empresas deben ser constituidas y organizadas en debida forma, esto es, atendiendo las previsiones legales establecidas para su conformación según lo señalado en los considerandos de este concepto.

2. *“¿Puede una corporación o empresa privada hacer uso de las redes construidas por entidades públicas sin hacer pago alguno y sin que medie concesión o contrato que transfiera su propiedad o usufructo?”*

Cuando los municipios son titulares de bienes afectos a la prestación de servicios públicos domiciliarios, podrán acoger, entre otras, una de las siguientes opciones: (i) prestar directamente tales servicios, siempre que se cumpla con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994; (ii) crear o participar en la creación de empresas de servicios públicos, y aportar a éstas en la constitución o en un proceso posterior de capitalización, tales bienes; (iii) celebrar contratos de concesión o similares con prestadores de estos servicios, en los que entreguen los bienes y la infraestructura de su propiedad, sin transferencia de dominio, y/o (iv) efectuar aportes bajo condición de los bienes de su propiedad a los prestadores ubicados en su territorio.

En este contexto, deberá verificarse el mecanismo o figura adoptada, contrato o convenio suscrito por el propietario de la infraestructura de prestación del servicio público, el cual deberá estar sujeto a lo señalado en la normativa, según la opción acogida y la particularidad de cada caso.

3. *“¿Bajo qué parámetros se puede establecer el valor del uso de las redes del alcantarillado sanitario y pluvial, existe reglamento técnico para determinar este valor?”*

En sede de consulta no se emiten pronunciamientos y/o deciden situaciones de carácter particular y concreto, teniendo en cuenta que los conceptos constituyen orientaciones que no comprometen la responsabilidad de la Superintendencia y tampoco tienen carácter obligatorio o vinculante, ya que se emiten conforme con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, introducido por sustitución de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.

Lo anterior, aunado a que en el marco de funciones asignadas a esta Superintendencia en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 y 6 del Decreto 1369 de 2020, no se encuentra establecido aspectos como el requerido en la pregunta, no siendo dable a esta Oficina realizar pronunciamiento alguno sobre el particular.

4. *“¿Ha acreditado (...) la propiedad de las redes de acueducto y alcantarillado ante la SSPD?”*

De acuerdo con el numeral 11.8 del artículo 11 de la Ley 142 de 1994, es deber de los prestadores informar el inicio de sus actividades a la respectiva Comisión de Regulación y a la Superintendencia de Servicios Públicos, para que estas autoridades puedan cumplir sus funciones. Deber que se materializa con la inscripción del prestador en el RUPS, en los términos indicados en los considerandos del presente concepto. En este orden de ideas, ante esta Superintendencia no se registra la propiedad de las redes, por lo que no es de nuestra competencia determinar la titularidad de las mismas.

5. *“En la actualidad el censo de usuarios llega a los 1.100 aproximadamente, ¿podría haber concurrencia de prestadores habilitados en el municipio de (...) para la prestación del servicio de alcantarillado y aseo?”*

Como fue mencionado en los considerandos del presente concepto, la prestación de los servicios públicos se desarrolla en el marco de la libertad de entrada y libre competencia, por lo que para el efecto se debe verificar lo señalado en la normativa aplicable, de forma particular, lo señalado por las comisiones de regulación, para el caso del servicio de alcantarillado, la regulación emitida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA.

Ahora bien, es preciso mencionar que en el marco de la prestación de los servicios públicos, el concepto de “conurrencia de prestadores” se asocia al ámbito de la suscripción de contratos para la entrega o manejo de infraestructura de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, definida en el artículo 1.2.1 de la Resolución compilatoria CRA 943 de 2021 como “(...) *procedimientos regulados que estimulan la concurrencia de oferentes, los que adopte internamente cada persona prestadora, en los casos previstos en esta resolución, para conseguir, que se favorezcan los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.*”

En este contexto y tal como ya fue desarrollado en este concepto, los artículos 1.4.2.1 y 1.4.2.2. de la Resolución compilatoria CRA 943 de 2021 mencionan los contratos que deberán someterse al procedimiento regulado que estimula la concurrencia de oferentes. Así mismo, la norma realiza algunas excepciones frente al deber de usar procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes considerando, entre otros, aspectos como la cuantía, razón del objeto del contrato, circunstancias de celebración del contrato, condiciones de mercado.

6. *“¿Puede la (...) SAS-ESP, hacer el cobro de subsidios por el servicio de alcantarillado, en calidad de propietario de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial?”*

El numeral 99.7 señala: *“Los subsidios sólo se otorgarán a los usuarios de inmuebles residenciales y a las zonas rurales de los estratos 1 y 2; las comisiones de regulación definirán las condiciones para otorgarlos al estrato 3.”* (subraya fuera de texto)

Siendo así, se tiene que los subsidios deben ser otorgados a: i) usuarios de inmuebles residenciales estratos 1 y 2, ii) usuarios de las zonas rurales de los estratos 1 y 2 y iii) eventualmente, a los usuarios del estrato 3 si así lo define la comisión de regulación respectiva. Nótese que la norma no permite el otorgamiento de subsidios a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, sino a los usuarios de menores ingresos.

De esta forma, aun cuando los subsidios deben ser otorgados a los usuarios, pues es respecto de estos que se establecen los factores pertinentes, ello no significa que dichos recursos deban ser girados directamente a los usuarios para que posteriormente paguen sus servicios públicos domiciliarios. Lo anterior, considerando que el artículo 89 de la Ley 142 de 1994 señala que los recursos de los subsidios de los usuarios podrán considerarse para su aplicación dos formas: i) recibidos y compensados directamente por los prestadores de servicios públicos domiciliarios mediante el cobro de la contribución de solidaridad, y/o ii) girados a los prestadores desde los Fondos de Solidaridad y Redistribución.

Siendo así, los usuarios no reciben directamente ningún recurso por concepto del subsidio, sino que este beneficio se ve reflejado en la tarifa final cobrada por el prestador que realiza la prestación del servicio, como resultado de restar el monto de subsidio correspondiente al costo de suministro del servicio, puntualmente, frente al consumo básico de subsistencia.

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/Normativa/Compilacion-juridica-del-sector>, donde encontrará la normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,

**FREDY RAÚL SILVA GÓMEZ**

<NOTAS DE PIE DE PAGINA>.

1. Radicado 20225295294802

**TEMA: PRESTACION DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO**

**Subtemas: Libertad de entrada y libre competencia - Conformación de empresas de servicios públicos domiciliarios - Infraestructura para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado - Entrega de infraestructura para la prestación de los servicios públicos domiciliarios – Concurrencia de oferentes - Régimen de subsidios en los servicios públicos de acueducto y alcantarillado.**

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 medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

7. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio”*

8. *“Por la cual se compila la regulación general de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, y se derogan unas disposiciones.”*

9. *“Por la cual se deroga una resolución y se establecen los requerimientos que deben surtir los prestadores de servicios públicos domiciliarios ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en relación con el Registro Único de Prestadores - RUPS para su inscripción, actualización y cancelación”.* Puede ser consultada en el link: [https://normograma.info/ssppdd/docs/resolucion\\_superservicios\\_120515\\_2018.htm](https://normograma.info/ssppdd/docs/resolucion_superservicios_120515_2018.htm)

10. Decreto 092 de 2022

11. *“Regulación de la industria de agua potable – Volumen I: Necesidades de información y regulación estructural”*, Andrei Jouravlev, Cepal, Santiago de Chile, diciembre de 2001. Consultable en el siguiente link: [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/6393/S01121097\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/6393/S01121097_es.pdf)

12. *“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

***Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”***