**SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

**CONCEPTO JURÍDICA No. 107 DE 2011**

(febrero 16)

**Ref. Su solicitud de concepto1**

Hemos recibido la consulta de la referencia y antes de brindarle una respuesta debemos advertir que la misma se formula con el alcance previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en respuesta a una petición en la modalidad de consulta, constituyen orientaciones y puntos de vista que no comprometen la responsabilidad de la entidad ni tienen carácter obligatorio ni vinculante.

De manera adicional, es preciso tener en cuenta que la finalidad de las consultas no puede ser otra distinta que la búsqueda de orientación o información acerca de la manera como actúa la administración. En ese contexto, las respuestas suministradas por la Oficina Asesora Jurídica de la SSPD no tienen la potestad de definir situaciones concretas o particulares, sino que se limitan a conceptuar de manera general en relación con las materias bajo su cargo.

Por otra parte, una vez analizadas las funciones a cargo de esta Superintendencia y de conformidad con lo establecido en el parágrafo primero2 del artículo 79 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm)3, modificado por el artículo [13](http://basedoc.superservicios.gov.co/ark-legal/SSPD/viewdoc?channel=/Leyes/Leyes/2001&documentName=l0689001.html#13) de la Ley 689 de 20014 esta Superintendencia no puede exigir, en ningún caso, que los **actos o contratos** de una empresa de servicios públicos se sometan a aprobación previa suya, razón por la cual esta entidad no puede indicar metodologías para la conformación de los Comités de Desarrollo y Control Social, señalar el procedimiento para dar aplicación al artículo 6 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm), procedimiento que debe seguir el municipio para asociarse con una ESP, señalar la forma y el contenido de la invitación a la cual se refiere el mismo artículo 6 citado.

Hechas las anteriores precisiones, respondemos de manera general en los siguientes términos:

“**1. Sírvase allegar toda la reglamentación y/o metodología existente para la conformación de los comités permanentes de estratificación de los Servicios Públicos Domiciliarios.”**

Frente a la reglamentación y metodología existente, es preciso indicar que el tema esta regulado por las siguientes disposiciones: [[Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm)](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm), [[Ley 505 de 1999](http://www.noticieroficial.com/leyes/LEY505-1999.htm)](http://www.noticieroficial.com/leyes/LEY505-1999.htm), Decreto 1538, Decreto 2034 1996 y [[Ley 732 de 2002](http://www.noticieroficial.com/leyes/LEY732-2002.htm)](http://www.noticieroficial.com/leyes/LEY732-2002.htm).

No obstante y con el animo de ilustrar sobre el tema de consulta la Oficina Asesora jurídica ha tenido la oportunidad de pronunciarse y de unificar conceptualmente sobre los Comités Permanentes de Estratificación, a través del Concepto Unificado SSPD-OJU-2009-10, el cual puede consultar a través de nuestra página web: [www.superservicios.gov.co](http://www.superservicios.gov.co/)., en el que se ha indicado:

“...de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la [Ley 732 de 2002](http://www.noticieroficial.com/leyes/LEY732-2002.htm), el Comité Permanente de Estratificación estará conformado por representantes de la comunidad, por empresas comercializadoras de servicios públicos domiciliarios residenciales que presten sus servicios en la jurisdicción donde funciona el Comité, por la Personería Municipal y por un Vocal de los Comités de Desarrollo y Control Social.

En el reglamento interno de cada comité se definirá el número de representantes de la comunidad que harán parte del mismo.

Según el parágrafo primero del artículo 6 de la [Ley 732 de 2002](http://www.noticieroficial.com/leyes/LEY732-2002.htm), los Comités Permanentes de Estratificación funcionarán en cada municipio y distrito y contarán con una Secretaría Técnica que será ejercida por la alcaldía del municipio al que pertenezca cada Comité.

Por otra parte, de acuerdo con lo señalado en el parágrafo primero del artículo 6 de la [Ley 732 de 2002](http://www.noticieroficial.com/leyes/LEY732-2002.htm), los Comités Permanentes de Estratificación funcionarán de acuerdo a un reglamento interno que les suministrará el Departamento Nacional de Estadística – DANE5.”

Ahora bien, en relación con el Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios y en relación con el reglamento de los comités permanentes de estratificación, tenemos que el modelo adoptado en la actualidad puede ser consultado en el siguiente enlace web [www.dane.gov.co/files/dig/reglamento](http://www.dane.gov.co/files/dig/reglamento). Así mismo lo invitamos a consultar el Concepto Unificado SSPD-OJU-2009-10 referido anteriormente.

Con relación a las preguntas siguientes, la Oficina Asesora jurídica igualmente ha tenido la oportunidad de pronunciarse a través del Concepto Unificado SSPD-OJU-2009-08, el cual se encuentra colgado en la página de la entidad y invitamos a ser consultado.

**2. En relación con las preguntas 2, 3, 4 y 5 en razón a la unidad temática de las mismas, se responderán simultáneamente en este aparte: “2. Sírvase informar a este despacho cual es el procedimiento o metodología a seguir para dar aplicación al Artículo 6º y sus respectivos numerales de la** [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm)**; 3. Sírvase informar cuál es el procedimiento a seguir cuando un municipio quiere asociarse con una empresa particular para la prestación de los servicios públicos domiciliarios; 4. Sírvase aclarar la forma de publicación y el contenido de la misma, con el fin de dar cumplimiento al artículo en mención y 5. Sírvase aclarar si es obligatorio agotar en primera instancia el procedimiento mencionado en el artícul**o 6o. **De la** [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm) **para la creación de empresa o si es elección del municipio.”**

Tal como se indicó anteriormente, esta entidad carece de competencia para pronunciarse sobre procedimientos a seguir, metodologías, forma y contenido de los actos a los cuales se refiere el artículo 6 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm).

No obstante, con el fin de contar con los elementos que le permitan aclarar sus dudas, se considera pertinente consultar el Concepto Unificado SSPD-OJU-2009-8, el cual se refiere a la prestación directa de servicios públicos por parte de los municipios y la prestación de servicios por empresas con participación municipal, en el cual se estableció la diferencia entre las dos figuras.

Ahora bien, frente al tema el artículo 367 de la Carta Política prevé la posibilidad de que el municipio preste directamente los servicios públicos domiciliarios cuando “las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales las permitan y aconsejen”. Esta disposición está desarrollada en el artículo 6 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm):

“Artículo 6o. 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 mas 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.

En el evento previsto en el inciso anterior, los municipios y sus autoridades quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley misma, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones y al control, inspección, vigilancia y contribuciones de la Superintendencia de servicios públicos y de las Comisiones. Pero los concejos determinarán si se requiere una junta para que el municipio preste directamente los servicios y, en caso afirmativo, ésta estará compuesta como lo dispone el artículo 27 de ésta ley.

Cuando un municipio preste en forma directa uno o más servicios públicos e incumpla las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general, o suspenda el pago de sus obligaciones, o carezca de contabilidad adecuada después de dos años de entrar en vigencia esta Ley o, en fin, viole en forma grave las obligaciones que ella contiene, el Superintendente, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, además de sancionar a los alcaldes y administradores, podrá invitar, previa consulta al comité respectivo, cuando ellos estén conformados, a una empresa de servicios públicos para que ésta asuma la prestación del servicio, e imponer una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios, para que ésta pueda operar.”6

Lo expuesto anteriormente quiere decir que si los servicios presentan las características técnicas y económicas adecuadas, así como las conveniencias generales lo concluyan los municipios podrían prestar directamente los servicios si: ninguna ESP acudió a la invitación pública para la prestación de los servicios; no habiendo ente territorial o personas jurídicas interesadas en la invitación pública para la constitución de una ESP; y si los estudios avalados por la Superintendencia indican que los costos de la prestación por parte del municipio son más baratos al de las empresas interesas.

Frente a la posibilidad que el Estado y sus entes territoriales entre estos los municipios, el mismo Concepto Unificado dispone que puedan asociase con particulares para la prestación de servicios públicos:

“... la prestación indirecta de servicios públicos domiciliarios por parte del Estado y sus entes (entre ellos los municipios), no tiene restricción alguna, razón por la cual mal podría concluirse que para constituir una empresa municipal prestadora de servicios públicos domiciliarios se requiera agotar el procedimiento señalado en el artículo 6 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm) (salvo que el objetivo del municipio sea la prestación directa del servicio), pues dicha interpretación, además de contravenir lo expresamente señalado en dicho artículo legal (...Los municipios prestarán directamente...), sería abiertamente opuesta a lo señalado en los artículos 333, 365 y 367 constitucionales antes analizados.

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.

Ciertamente, la Nación y las entidades territoriales pueden concurrir en la prestación de los servicios públicos; al respecto, el parágrafo 1 del artículo 17 de la Ley 142, señala que “(...) En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta ley. (...)”

De tal forma, que el municipio puede crear la empresa o participar en su creación de conformidad con el principio constitucional de libertad de empresa, consagrado en el artículo 333 de la Carta Política y 10 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm), teniendo en cuenta, además, lo dispuesto en el artículo 27 ibídem sobre participación de entidades públicas en empresas de servicios públicos domiciliarios.

Sin embargo, si un municipio, en virtud de los principios de libertad de empresa, decide participar en el mercado de los servicios públicos a través de una estructura empresarial, mal puede exigírsele el agotamiento del procedimiento previsto en el artículo 6 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm).

Pero no podemos olvidar lo establecido en la Resolución 151 de 2001, literal e) del articulo 1.3.5.3, el cual fue modificado por el artículo 2 de la Resolución CRA 243 de 2003, el cual indica que los contratos que celebre las entidades territoriales y/o las personas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, con el objeto de asociarse con otra persona, deben seguir los procedimientos que garantices la concurrencia de oferentes.

El artículo en cuestión señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 1.3.5.3 CONTRATOS QUE DEBEN CELEBRARSE POR MEDIO DE PROCEDIMIENTOS REGULADOS QUE ESTIMULAN CONCURRENCIA DE OFERENTES. Se someterán a los procedimientos regulados de que trata esta resolución**7**, para estimular la concurrencia de oferentes:

(...) 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.

(…)

“4. Sírvase aclarar la forma de publicación y el contenido dela misma, con el fin de dar cumplimiento al artículo en mención.” Entendemos su pregunta en el contexto de cual es la forma de realizar la invitación pública, para dar cumplimiento al artículo 6 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm) y en este contexto será presentada la respuesta, conforme lo establecido por el antes citado Concepto Unificado SSPD-OJU-2009-08:

“Habiendo hecho claridad en relación con las modalidades de prestación directa e indirecta de servicios públicos, nos concentraremos ahora en el procedimiento contenido en el artículo 6 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm), para la prestación directa de servicios públicos domiciliarios por parte de entes municipales.

Al respecto de lo anterior, es importante señalar que no existe otra ley o un decreto reglamentario en el cual se regule de manera precisa y para todos los servicios la forma de cumplir los numerales del artículo 6 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm).

En esa medida, teniendo en cuenta que frente a los procedimientos de convocatoria a empresas de servicios públicos para que se ofrezcan a prestar el servicio y a otros municipios, departamentos, nación y otras entidades públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que los preste, el articulo 6 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm) no señala ninguna restricción frente al desarrollo de los mismos, debe concluirse que los municipios pueden desarrollar las invitaciones establecidas en los numerales 6.1 y 6.2 descritos de manera secuencial o de manera conjunta dado que, en ambos casos, el objetivo de la norma se cumple a cabalidad.

No obstante lo anterior, sólo puede entenderse agotado el procedimiento previsto en el artículo 6 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm), cuando en un sólo acto de convocatoria un municipio invita tanto a empresas de servicios públicos (Numeral 6.1) como a otros entes públicos y privados (Numeral 6.2), describiendo de forma completa el objeto de cada una de las convocatorias, esto es, la correspondiente a la prestación del servicio y la que se dirige a la constitución de una empresa respectivamente.

(…)

Al respecto, es importante señalar que el concepto “invitación pública” desarrollado por la CRA, se da dentro del marco de los procedimientos que estimulan la concurrencia de oferentes para la gestión de los servicios públicos, establecido en el artículo 1.3.5.1. de la Resolución 151 de 2001 de la citada Comisión de Regulación.

En el caso de los municipios menores y zonas rurales o zonas urbanas específicas, también se debe agotar el procedimiento del artículo 6, solamente que tienen más facilidad para la constitución de las empresas prestadoras, pues “las empresas de servicios públicos que operen exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores según ley”,…” podrán constituirse por medio de documento privado que debe cumplir con las estipulaciones del artículo 110 del Código de Comercio en lo pertinente, y funcionar con dos o más socios¨, de conformidad con el artículo 20 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm).

Es pertinente precisar, que lo previsto en el artículo 20 citado es facultativo y no obligatorio, y opera solo en el caso que una empresa decida acogerse a lo allí señalado; en todo lo demás que no regulé el artículo 20, deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 19 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm).

(…)

Lo anterior nos indica que el trámite del artículo 6 de la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm), sólo es para efectos de que el municipio cumpla con la obligación de asegurar de manera directa la prestación eficiente de los servicios públicos en los términos del artículo 5 de la citada ley 142, lo cual se cumple invitando a ESP, bien sean oficiales, privadas o mixtas a que lo hagan o en última instancia a través del municipio. Hay que advertir que, el artículo 6 se refiere a la invitación de empresas ya constituidas.

“**6. Cuál es la intervención de la Personería Municipal en la conformación del comité de estratificación de los Servicios Públicos Domiciliarios”**
La personería Municipal como ministerio público8 es la entidad encargada de representar a la comunidad ante la Administración Municipal, ejerciendo el control administrativo en el municipio, en aras de garantizar los derechos y defender los intereses de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, así mismo, vigila el cumplimiento de la constitución, las leyes, ordenanzas, de las decisiones judiciales y vela por la promoción y protección de los derechos humanos.

De conformidad al Modelo de Reglamento del Comité Permanente de Estratificación Socioeconomica elaborado por el Departamento Nacional de Planeación, modelo ratificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística9, al establecer en el Decreto 07 del 5 de enero de 2010, los personeros municipales podrán conformar dichos comités y tendrá voz pero no voto en las decisiones que adopte dicho órgano.

Igualmente el Personero Municipal podrá convocar a la ciudadanía para la elección de los representantes de la comunidad en el Comité Permanente de Estratificación.

Cordialmente,

Jefe Oficina Asesora Jurídica

1Reparto 320, Radicado 20115290031972

2**PARÁGRAFO 1o.** En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya. El Superintendente podrá, pero no está obligado, visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite.

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

4Por la cual se modifica parcialmente la [Ley 142 de 1994](http://www.noticieroficial.com/entes/congreso_rep/LEY142-1994.htm).

5 Antes de la expedición del Decreto 262 de 2004, esta función correspondía al Departamento Nacional de Planeación de conformidad con la [Ley 732 de 2002](http://www.noticieroficial.com/leyes/LEY732-2002.htm).

6 Concepto Unificado SSPD-OJU-2009-08

7 Frase declarada nula por el Consejo de Estado – Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P: Dr. Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., 05 de marzo de 2008) Radicación No.:11001-03-26-000-2001-0029-01, Expediente No.: 20.409, Actor:Jaime Alberto Sarria Luna.

8Constitución Política de Colombia, Artículo 178

9Decreto 7 del 5 de enero de 2010. **ARTÍCULO 7o. INSPECCIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA.** La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios verificará el pago oportuno de los aportes correspondientes por parte de las empresas comercializadoras de servicios públicos domiciliarios, en desarrollo del artículo 11 de la [Ley 505 de 1999](http://www.noticieroficial.com/leyes/LEY505-1999.htm) y en los términos previstos en este decreto.

Los Comités Permanentes de Estratificación, conformados por decreto de la localidad y funcionando por mandato de la [Ley 732 de 2002](http://www.noticieroficial.com/leyes/LEY732-2002.htm) de acuerdo con el Modelo de Reglamento elaborado por el Departamento Nacional de Planeación, en cumplimiento de las funciones legales atribuidas, vigilará el acatamiento del artículo 11 de la [Ley 505 de 1999](http://www.noticieroficial.com/leyes/LEY505-1999.htm) en los términos previstos en este decreto.