

CONCEPTO 437 DE 2016

(1 julio)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Asunto: Su solicitud de concepto(1)

Cordial Saludo.

Se basa la consulta objeto de estudio en solicitar aclaración del concepto jurídico SSPD-OJ-2016-304, emitido por esta Oficina Asesora Jurídica, en el sentido de dar respuesta a cada uno de los interrogantes propuestos.

Antes de cualquier pronunciamiento sobre el particular, es preciso señalar que el presente documento se enuncia con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, 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 o responsabilizan a la Entidad, pues no tienen carácter obligatorio, ni vinculante.

En este orden de ideas, las respuestas dadas a las consultas elevadas ante esta Oficina Asesora Jurídica, se presentan de manera general respecto del problema jurídico planteado, en el marco de sus competencias y sin posibilidad de resolver conflictos de orden particular.

Por otra parte, el artículo 79 parágrafo 1(2) de la Ley 142 de 1994(3), el cual fue modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001(4), establece que esta Superintendencia no puede exigir, en ningún caso, que los actos o contratos de una empresa de servicios públicos se sometan a aprobación suya. Hacerlo configuraría una extralimitación de funciones y entraría a ocupar una posición de juez y parte ante sus vigiladas.

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, y con el objetivo de aclarar el concepto jurídico SSPD-OJ-2016-304, se desarrollarán tres ejes temáticos, a saber: (i) Personas sujetas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; (ii) Actos y contratos de los prestadores y (iii) Prestadores de servicios públicos domiciliarios y contratos de operación.

1. Personas Sujetas a la Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Los artículos 367 y 370 superior, a la letra, disponen:

'Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.'

'Artículo 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.'

Los anteriores preceptos constitucionales fueron desarrollados por el legislador en la Ley 142 de 1994, y en su artículo 75 determinó que las funciones presidenciales de control, inspección y vigilancia estarían en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cuyo desarrollo se haría ejerciendo las competencias precisadas en el artículo 79 ibídem, y posteriormente consagradas en el artículo 5° del Decreto 990 de 2002.

Ahora bien, las funciones descritas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, y en el Decreto 990 de 2002, circunscriben su ámbito de competencia a la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de: (i) Los contratos de servicios públicos que celebren las prestadoras de servicios públicos domiciliarios con los usuarios y (ii) Las leyes, reglamentos y regulaciones a los que se encuentran sujetos quienes presten servicios públicos.

De acuerdo con lo anterior, están sujetas al control, inspección y vigilancia, por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios las personas que prestan servicios públicos domiciliarios.

A continuación, se indicará qué personas están facultadas para prestar los servicios públicos domiciliarios, de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, que precisa:

'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.'

2. Actos y Contratos de los Prestadores.

Como se indicó en el eje temático anterior, a esta Superintendencia le corresponde la función constitucional y legal de vigilar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias a que se sujetan los prestadores de servicios públicos domiciliarios, mas no los actos y contratos que realicen los mismos dentro de la autonomía con que cuentan, a menos, que se trate de los contratos de condiciones uniformes que suscriben con los usuarios.

En efecto, el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, señala:

'Artículo 79. Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos...

Parágrafo 1°. En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya...'

Se tiene que el mandato legal transcrito es de corte restrictivo, es una disposición prohibitiva, no puede el Superintendente inmiscuirse en actos o contratos de los prestadores, pues de hacerlo entraría a coadministrar las entidades que vigila.

En tal sentido, se puede afirmar que los contratos de operación, o como sean denominados por las partes, obedecen a la autonomía de la voluntad del prestador, y esta Superintendencia no puede aprobar o improbar lo pactado por los participantes del negocio jurídico, por expresa prohibición legal.

3. Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios y Contratos de Operación.

Las personas que eventualmente y en la práctica intervienen en la prestación de los servicios públicos domiciliarios son, en principio, el prestador que es directamente responsable del suministro del servicio, junto a él está el usuario, quien es la otra parte en el Contrato de Condiciones Uniformes, en virtud de la actividad realizada por el prestador y del negocio jurídico celebrado con el usuario, el primero es sujeto de la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia, de acuerdo a lo señalado en el primer eje temático desarrollado.

Ahora bien, el prestador siempre debe ser una de las personas autorizadas por el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, arriba transcrito, y podrá realizar la prestación del servicio de forma directa o contratando a una o varias personas para que desarrollen las actividades inherentes o complementarias del servicio que se presta.

En el primer caso, el prestador contará con los recursos humanos, técnicos, físicos y financieros necesarios para la prestación eficaz y eficiente del servicio, en tanto que, en el segundo caso, al no contar con uno o varios de los recursos, podrá contratarlos. También existe la posibilidad de que al estudiar la viabilidad del negocio, el prestador determine que dicha contratación hará que la prestación sea más eficiente.

De acuerdo a lo anterior, no existe norma que prohíba que el prestador contrate con un tercero los recursos necesarios o la operación del servicio que él presta, pero le corresponderá al prestador, en concordancia con los numerales 4 y 9 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 14 de la Ley 689 de 2001, inscribirse en el Registro Único de Prestadores - RUPS y reportar la información al Sistema Único de Información - SUI.

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

El operador puede no ser una de las personas autorizadas por el legislador para prestar servicios en el país (artículo 15 citado), pero toda su actividad, relativa a los servicios públicos domiciliarios, debe estar amparada por el contrato suscrito con el prestador de servicios públicos domiciliarios y no puede actuar como prestador de dichos servicios.

En el evento en que el operador realice actividades inherentes o complementarias de los servicios públicos domiciliarios por cuenta propia, es decir, ejecute actividades que no estén amparadas por el contrato suscrito, se convertirá de inmediato en prestador de los mismos y deberá cumplir con todas las obligaciones y responsabilidades que la Constitución y la ley confiere a éstos, entre las que se encuentran la inscripción en el RUPS, el reporte de información al SUI, entre otras.

En términos generales, la diferencia entre prestador y aquellas personas con quienes éstos celebran un contrato de operación radica en su responsabilidad frente a los suscriptores y usuarios, y por ende, ante la Superintendencia respecto del cumplimiento del régimen de los servicios públicos domiciliarios.

Es el prestador quien tiene la responsabilidad de la prestación del servicio y es quien se encuentra sujeto a la inspección, control y vigilancia ejercida por esta Superintendencia, sin que sea relevante si el servicio lo presta con o sin la intermediación de un operador o incluso si quien realiza las actividades por el prestador es de aquellas personas enlistadas en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994.

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

No obstante, las decisiones que tome el operador y la forma de ejecutar el contrato de operación pueden comprometer la responsabilidad del prestador frente a sus usuarios o suscriptores y ante esta Superintendencia, es por tal razón, que las actividades realizadas por el operador lleguen a ser conocidas por la Entidad, pero, siempre a través del prestador, que es quien se encuentra sujeto a la inspección, vigilancia y control y quien debe reportar la información necesaria para que la Superintendencia ejerza sus funciones de policía administrativa.

Pese a lo esbozado, en la medida en que los contratos de operación desdibujen las disposiciones del régimen de los servicios públicos domiciliarios y no permitan establecer con claridad quién es el prestador en la práctica y quién debe responder ante los usuarios y la Superintendencia por la prestación del servicio, esta Entidad tiene el deber y cuenta con la competencia para establecer la corresponsabilidad existente entre el prestador y la persona con la que éste ha celebrado el contrato de operación, respecto de tales servicios, adoptando las medidas a que haya lugar, en virtud de las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas por la Constitución y la ley.

Lo anterior, con base en el principio constitucional de la supremacía del fondo sobre la forma, en virtud del cual y para el caso concreto, las personas que efectivamente presten servicios públicos domiciliarios en Colombia, independientemente de su forma de constitución y de la manera en que lo hagan, se encuentran sujetas al régimen constitucional y legal de dichos servicios y por ende, a la inspección, control y vigilancia ejercida por esta Superintendencia.

En síntesis, se puede afirmar que por la autonomía empresarial y capacidad jurídica, los prestadores pueden atender de manera directa las actividades que conlleva la prestación de un servicio público domiciliario o de forma tercerizada, sin perder su condición de prestadores.

Puede ocurrir además, que personas no autorizadas, en los términos del artículo 15 de la Ley 142 de 1994, presten efectivamente servicios públicos domiciliarios, haciéndose sujetos de la inspección, vigilancia y control, por parte de esta Superintendencia, lo que conlleva que cumplan con todas las obligaciones que la Constitución y la ley le imponen a los prestadores.

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

Basado en lo expuesto, se resolverán los interrogantes propuestos así:

'1) Atendiendo los lineamientos de la resolución SSPD-20111300017605 DE 2011 La empresa industrial y comercial de estado con la cual el asociado suscribió el contrato de ASOCIACIÓN A RIESGO COMPARTIDO PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE BARRIDO RECOLECCION, Y TRANSPORTE DE RESIDUOS SOLIDOS EN EL MUNICIPIO, teniendo presente que no es la operadora del servicio de aseo y que la operadora o responsable del servicio es la ASOCIADA debería estar inscrita en el RUPS? O NO? Y por qué?.'

En primer lugar, debe enfatizarse que la operación de un servicio no es sinónimo de prestación del mismo. La prestación del servicio está en cabeza del prestador, sin que sea relevante que lo suministre o lo ejecute él directamente o mediante un contrato de operación.

Por lo tanto, todo aquel que se constituya como prestador bajo la figura de una de las personas autorizadas por el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, tendrá la obligación de inscribirse en el Registro Único de Prestadores - RUPS, pues es una obligación legal impuesta a los prestadores de acuerdo con lo señalado en los numerales 4 y 9 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 14 de la Ley 689 de 2001.

'2) Atendiendo los lineamientos de la resolución SSPD-20111300017605 DE 2011 La ASOCIADA que suscribió el contrato de ASOCIACIÓN A RIESGO COMPARTIDO PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE BARRIDO RECOLECCION, Y TRANSPORTE DE RESIDUOS SOLIDOS EN EL MUNICIPIO, teniendo presente que es quien opera el servicio debería estar inscrita en el RUPS sí o no por qué? O NO? Y por qué?.'

El operador de un servicio público domiciliario es una persona que ha celebrado un contrato de operación (nombre genérico) del servicio; es quien, por cuenta del prestador, desarrolla una o varias de las actividades inherentes y/o complementarias al mismo, en virtud del contrato suscrito.

Si el operador realiza actividades inherentes o complementarias de los servicios públicos domiciliarios por cuenta propia, es decir, si ejecuta actividades que no estén amparadas por el contrato suscrito, se convertirá de inmediato en prestador de los mismos y deberá cumplir con todas las obligaciones y responsabilidades que la Constitución y la ley le confiere a éstos, entre las que encuentra la inscripción en el RUPS, de lo contrario, esta Superintendencia conocerá de las actividades realizadas por el operador a través de la información que el prestador (contratante) reporte.

'3) Si la contratante o EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO no es la operadora de los servicios pero si está registrada en el RUPS, aun cuando no opera los servicios ES RAZOBABLE QUE REPORTE LA INFORMACIÓN DEL SUI, si esta no es la operadora, y la asociada si es la operadora (la empresa industrial y comercial del estado es tan solo una interventora o vigilante del contrato)?.'

Sólo será operador quien firme un contrato de operación con un prestador de servicios públicos domiciliarios. El prestador de servicios aunque lo suministre de forma directa, sin intermediarios, no es operador, será siempre el prestador del servicio.

La persona prestadora de servicios públicos domiciliarios tiene la obligación legal de registrarse en el RUPS, aun cuando no preste el servicio directamente sino que haya contratado a un operador.

El prestador que contrata a un operador es la parte contratante del negocio jurídico, y el operador (contratista) responde ante el prestador y en el marco del contrato de operación suscrito con éste, por el cumplimiento o incumplimiento del mismo, ya que realiza actividades inherentes y/o complementarias del servicios público domiciliario por cuenta del prestador y en virtud del contrato.

'4) Si la empresa llamada asociada es la que realiza la operación en las calles, programa rutas, microrrutas, es quien cumple coberturas, da calidad del servicio e.t.c, independientemente que la EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO TENGA FIRMADO EL CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES CON LOS USUARIOS, es razonable que tan solo reporte información administrativa del servicio, SIN REPORTAR CARTERA, RUTAS MICRORRUTAS, CONTINUIDAD, ETC. Aún más teniendo presente los lineamientos descritos en la Resolución SSPD-20111300017605 DE 2011?'

'6) Por favor me puede clarificar las responsabilidades de reporte de información al SUI de la empresa ASOCIADA EN EL ESCENARIO DESARROLLADO EN EL TÍTULO ANTERIOR DEL PRESENTE ESCRITO; POR FAVOR DETALLAR LOS FORMATOS Y TOPICOS CON LA PERIODICIDAD QUE LO DEBIERA HACER y normatividad aplicable, TENIENDO PRESENTE lo reglamentado en la Resolución SSPD-20111300017605 DE 2011?.'

Se reitera una vez más, quien tiene la obligación legal de reportar al SUI la información solicitada por esta Superintendencia, con la que la Entidad realizará su función de inspeccionar, vigilar y controlar, es el prestador de servicios públicos domiciliarios, no el operador del mismo, a menos, que éste último realice actividades inherentes y/o complementarias por cuenta propia, lo que lo convertiría en prestador, sujeto de inspección, vigilancia y control por parte de esta Entidad.

'5) Por favor me puede clarificar las responsabilidades de reporte de información al SUI de la empresa contratante o EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO EN EL ESCENARIO DESARROLLADO EN EL TÍTULO ANTERIOR DEL PRESENTE ESCRITO (teniendo presente los lineamientos de la resolución SSPD-20111300017605 DE 2011); POR FAVOR DETALLAR LOS FORMATOS Y TOPICOS CON LA PERIODICIDAD QUE LO DEBIERA ASER y normatividad aplicable.'

Conforme se le indicó en el concepto jurídico SSPD-OJ-2016-304, se reitera la siguiente información:

'... la información a reportar por parte de los prestadores del servicio público domiciliario de aseo, es la definida en el título 4 del anexo de la Resolución SSPD 20101300048765 de 2010. Allí se indican los formatos y formularios a certificar por parte de los prestadores mayores a 2500 suscriptores del servicio de aseo, de acuerdo a cada uno de los tópicos previstos. Asimismo en el portal web del SUI, podrá encontrar un cronograma de cargue de información en el cual se detalla la información a reportar de acuerdo a las actividades desarrolladas el cual puede ser consultado a través del siguiente enlace : <http://www.sui.gov.co/suibase/compilatoriaAAA/CronogramaRESSSPD20101300048765-Aseo.pdf>.'

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía y demás entidades públicas un sitio de consulta al que usted puede acceder en la siguiente dirección: www.superservicios.gov (Normativa). Ahí encontrará normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios y en particular los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente.

MARINA MONTES ÁLVAREZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Miladys Picón Viadero - Asesora Oficina Asesora Jurídica.

Ana María Velásquez Posada - Asesora Oficina Asesora Jurídica.

Revisó: Luis Javier Benavides Paz - Coordinador Grupo de Conceptos.

NOTAS AL FINAL:

1. Radicado 20165290340972

TEMA: PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Contratos de Operación. Reporte de Información.

2. 'En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa 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.'

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

4. 'Por la cual se modifica la Ley 142 de 1994.'

Fecha Conversion : 2016/11/24 15:31:15