



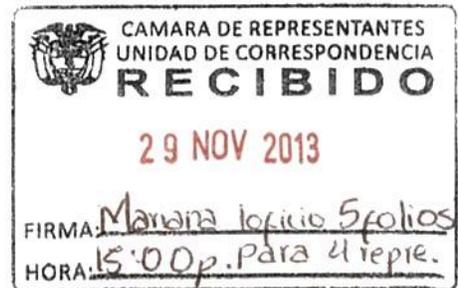
Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20131300791361
Fecha: 29/11/2013

CJ-F-001 V.1

Página 1 de 6

Bogotá, D.C.

Honorables Representantes
JUANA CAROLINA LONDOÑO JARAMILLO
CIRO ANTONIO RODRÍGUEZ PINZÓN
SILVIO VÁSQUEZ VILLANUEVA
JOSÉ EDILBERTO CAICEDO SASTOQUE
Comisión Sexta Cámara de Representantes
Congreso de la República
Bogotá, D.C.



Referencia: Radicado No: 2013529062158-2 del 28 de noviembre de 2013. Proposición 069 – 13 por la cual se cita a Sesión de Control Político sobre el “Servicio de Energía Eléctrica”.

Respetados Representantes

En atención a la citación de la referencia, de manera atenta doy respuesta a la pregunta formulada por esa Honorable Comisión en cuanto al concepto que tiene esta Superintendencia respecto del Proyecto de Ley No. 175 de 2012 Senado – 334 de 2013 Cámara, “Por el cual se expiden algunas disposiciones relativas al régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios y de tecnologías de la información y las comunicaciones”.

• **PROPÓSITO DEL PROYECTO**

De acuerdo con la exposición de motivos, pueden identificarse los siguientes objetivos fundamentales: (a) precisar el carácter “especial, exclusivo y prevalente” del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, el cual debe ser aplicado uniformemente a las empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas; (b) sujetar al mismo régimen jurídico especial a las empresas con participación estatal concediéndoles la naturaleza de entidad descentralizada y reflejando directamente dicha participación en la que a su vez tengan en otras empresas prestadoras; (c) permitir expresamente que las empresas de servicios públicos domiciliarios incluyan dentro de su objeto social cualquier otra actividad lícita y delimitar el alcance de la facultad de las Comisiones de Regulación para imponer un objeto único, y; (d) eliminar el régimen especial vigente para la empresa Interconexión Eléctrica S.A., y someterla al régimen



legal que aplica para todas las demás empresas prestadoras, restringiendo la integración vertical de las actividades que realiza.

- **OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY**

Para el trámite de este proyecto esta Superintendencia se permite formular los siguientes comentarios:

LA ESPECIALIDAD DEL RÉGIMEN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS (Artículo 1º del proyecto)

El artículo 1º del proyecto propone adicionar y modificar el artículo 17 de la Ley 142 para enfatizar el carácter especial y prevalente del régimen de servicios públicos domiciliarios, con el propósito de evitar que aquellas empresas de servicios públicos que se consideran entidades descentralizadas queden sujetas a un doble régimen legal; el de servicios públicos y el de las entidades descentralizadas. La razón que según el proyecto justifica esta modificación es la necesidad que la competencia entre empresas de servicios públicos pueda desarrollarse en condiciones de igualdad.

Para estos efectos el proyecto:

- Modifica el artículo 17 de la Ley 142 y adiciona a su primer párrafo la expresión "*exclusivamente*", para resaltar que el régimen aplicable a las entidades descentralizadas que presten servicios públicos en todo lo que no sea dispuesto directamente por la Constitución, será únicamente el previsto en la Ley 142, aspecto que se reitera en el párrafo 4º al referir que: *Las empresas de servicios públicos con participación estatal son entidades descentralizadas, de régimen y naturaleza jurídica especial.*
- Propone adicionar al artículo 17 un párrafo 3º con el siguiente texto: *De conformidad con lo dispuesto en este artículo, salvo lo que directamente se disponga en la Constitución para las entidades descentralizadas, las leyes y actos administrativos que hagan referencia a ellas de forma genérica, solo les serán aplicables a las empresas de servicios públicos descentralizadas, cuando hagan referencia a estas de forma expresa.*
- La adición del párrafo 5º esta orientada a definir el aporte estatal en cualquier empresa oficial, mixta o privada, en relación directa de proporcionalidad con la participación que a su vez contenga en la sociedad aportante.
- Finalmente, el párrafo 6º extiende estas previsiones a las empresas de TPBC.

Pues bien, durante la vigencia de la Ley 142, en parte por vía de interpretación jurisprudencial, se ha dado lugar a la aplicación de un régimen legal "mixto" –compuesto por normas de derecho privado y normas aplicables a las entidades descentralizadas, para las empresas de servicios públicos oficiales y en algunos casos para las mixtas, lo que ha llevado a que no siempre existan condiciones de igualdad entre estas empresas y las privadas para efectos de la competencia en el mercado de los servicios públicos.

En particular, frente a la naturaleza de las empresas de servicios públicos mixtas, existe muy variado desarrollo jurisprudencial, no siempre en la misma línea argumental, que ha derivado en una aplicación asimétrica de la normatividad en la atención y solución de problemas jurídicos puntuales en los cuales se involucran empresas de servicios públicos mixtas.

Las modificaciones propuestas en el proyecto recogen esta realidad, y, en la medida en que buscan poner en un plano de igualdad a las diferentes empresas de servicios públicos independientemente de la composición de su capital, son consistentes con el objetivo de promover condiciones para que en el sector exista libertad de competencia (artículo 2.1. L.142).

Debe advertirse sin embargo, que en materia del régimen legal al que están sujetas las empresas de servicios públicos uno de los principales inconvenientes surge de las diferentes interpretaciones que las altas cortes han hecho sobre cuáles empresas de servicios públicos se consideran "entidades descentralizadas" y por lo tanto integrantes de la rama ejecutiva, que es lo que en últimas condiciona la aplicación de ciertas normas de derecho público (juez competente, normas de creación, control fiscal y político, presupuesto, etc.), y que por ende, ha derivado en un aplicación asimétrica de la normatividad en la atención y solución de problemas jurídicos puntuales en los cuales se involucran empresas de servicios públicos mixtas.

Es decir, no siempre la controversia se centra respecto qué normas del régimen legal de descentralización administrativa se aplican a las empresas de servicios públicos, sino que también existen controversias sobre cuáles de estas empresas se consideran "entidades descentralizadas".

Así, por ejemplo, en algunas ocasiones se ha sostenido que solamente las empresas de servicios públicos oficiales se consideran parte de la rama ejecutiva, mientras que las mixtas y las privadas deben considerarse como personas de derecho privado para todos los efectos.¹ En otras decisiones, por el contrario, se ha considerado que las empresas de servicios públicos mixtas², y aún las privadas, hacen parte de la rama ejecutiva. Al respecto la Corte Constitucional ha llegado a sostener, por ejemplo, que "*Las empresas de servicios públicos mixtas y privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas y constitucionalmente conforman la Rama Ejecutiva.*"³

Por ende, se sugiere considerar el alcance y los efectos que la norma ofrecería para zanjar definitivamente esta discusión.

LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS (Artículos 1º, 2º y 3º del proyecto).

Varios artículos del proyecto se orientan a plantear de manera expresa que las empresas de servicios públicos puedan incluir en su objeto social otras actividades lícitas a desarrollar de manera concomitante con aquellas constitutivas de servicios públicos domiciliarios o actividades complementarias.

¹ Corte Constitucional, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, "Sentencia T-1212 de 2004".

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, "Sentencia del 3 de diciembre de 2008", Rad. 11001-03-26-000-2007-00070-00(34745)

³ Corte Constitucional, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, "Sentencia C-736 de 2007"

En este sentido el artículo 1º del proyecto modifica la primera parte del artículo 17 de la Ley 142 para aclarar que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto "*principal*" es la prestación de servicios públicos a los que se refiere la Ley 142.

El artículo 2º del proyecto modifica varios aspectos del artículo 18 de la Ley 142, entre los cuales se destacan la adición a la primera parte del artículo de la expresión "*así como también llevar a cabo cualquiera otra actividad lícita en concurrencia con los servicios públicos o sus actividades complementarias*".

Bajo esta previsión el artículo 18 de la Ley 142 desarrolla preceptos en orden a plantear cómo las empresas con objeto múltiple deberán llevar contabilidades separadas y que respecto de aquellas actividades distintas al servicio público deberá además someterse a la vigilancia de la entidad competente bajo el régimen que proceda respecto de dichas actividades.

El artículo 2º del proyecto también plantea modificar el artículo 18 de la Ley 142 en lo atinente al ámbito dentro del cual las Comisiones de Regulación desarrollan la facultad para obligar a un prestador a tener un objeto exclusivo y señala que ello puede ocurrir cuando el objeto múltiple pone en riesgo la consecución de los fines de que trata el artículo 2º de la Ley 142 de 1994⁴.

Sin embargo, aunque el proyecto en su exposición de motivos originalmente planteaba que esta proposición busca en relación con dichas facultades "*precisar el ámbito de las mismas e impedir que la discrecionalidad amplia pueda ser asociada a actuaciones arbitrarias o divorciadas de los fines propios de las leyes de servicios públicos domiciliarios*", se opta por incluir un catálogo mucho mayor al existente y más etéreo si se quiere, pues actualmente dicha potestad solo puede ser ejercida por las Comisiones en dos escenarios, esto es, cuando (i) establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y (ii) no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario; en lugar de las nueve finalidades incluidas en el artículo 2º de la Ley 142 de 1994.

En ese sentido se sugiere precisar el alcance que se busca con esta modificación en orden a procurar un mayor entendimiento del mismo.

Ahora bien, el artículo 3º del proyecto contempla la modificación del artículo 19 de la Ley 142 de 1994 en su numeral 19.15, en el sentido de incluir expresamente la referencia a que las empresas de servicios públicos se someten en el desarrollo de todas aquellas actividades distintas a la prestación de los servicios públicos, en especial las comerciales e industriales, al imperio de las normas establecidas en el Código de Comercio para regular las sociedades anónimas.

Al respecto, se considera que el texto original del numeral en cita resulta suficiente para llegar a tal entendimiento, como puede corroborarse con la extensa doctrina que esta Superintendencia ha expedido precisamente en ese sentido, por lo que se sugiere evaluar la procedencia de dicha modificación.

En ese orden de ideas, y en criterio de esta Superintendencia, de acuerdo con las normas vigentes del régimen legal de la Ley 142, el objeto social de las empresas de servicios públicos no es exclusivo y puede extenderse a otras actividades siempre que estén incluidas dentro del objeto social estatutario de cada empresa y ello no ponga en riesgo la prestación del servicio a

⁴El artículo 2º de la Ley 142 de 1994, plantea los fines que se persiguen con la intervención estatal en los servicios públicos domiciliarios.

su cargo de manera eficiente y continua⁵, por lo tanto, se sugiere revisar si la inclusión expresa mediante la reforma propuesta resulta necesaria o si puede y debe mantenerse con el nivel interpretativo que se le ha otorgado y que equivale al texto propuesto.

INVERSIONES DE CAPITAL AUTORIZADAS A LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS (Artículo 2º del proyecto)

En forma conexas a la propuesta de extender el objeto social de las empresas de servicios públicos, el proyecto propone modificar el artículo 18 de la Ley 142 para ampliar la autorización de las empresas de servicios públicos para invertir en otras empresas, disponiendo que además de participar como socias en otras empresas de servicios públicos, pueden participar en el capital de "*sociedades que desarrollen otras actividades*".

Actualmente, según el artículo 18 la posibilidad de las empresas de servicios públicos de participar en el capital de otras sociedades, está limitado a que se trate de prestadoras o de sociedades cuyo objeto principal sea la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, siempre que no haya en el mercado una oferta amplia de este bien o servicio.

En opinión de esta Superintendencia la modificación propuesta para que las empresas de servicios públicos puedan participar en el capital de cualquier sociedad comercial, independientemente de su objeto, debe evaluarse en su conveniencia en virtud de si dicha posibilidad podría exponer a las empresas y la prestación del servicio a riesgos ajenos a la prestación del mismo.

LAS NORMAS SOBRE INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. (Artículo 4º del proyecto)

En relación con el artículo 4º del proyecto, entiende esta entidad que el mismo propone derogar el artículo 167 de la Ley 142 de 1994 y modificar el artículo 32 de la Ley 143 en orden a dejar como único contenido del mismo que "*la empresa encargada del servicio de interconexión nacional, no podrá participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad*".

La modificación que se propone en este artículo es, en opinión de esta Superintendencia, conveniente porque a diferencia de la propuesta inicial, no afectaría la separación de las actividades de transmisión de las demás actividades de prestación del servicio de energía eléctrica, separación que es trascendental en el esquema de las leyes 142 y 143, en el que se busca la promoción de la competencia, y en el que se utiliza la segregación de la actividad de transmisión de las demás actividades de la cadena para cumplir con tal propósito.

Dicha modificación deroga previsiones legales que ya sirvieron al propósito para el cual fueron creadas, especialmente cuando ya se encuentra consolidada la empresa XM como administrador del mercado, lo cual deja a ISA S.A. como un prestador más del servicio, dedicado exclusivamente al transporte de energía eléctrica y que, con esta modificación, estaría en condiciones de participar en otras actividades distintas a su objeto social como prestador de servicios públicos.

⁵ Ver: Superintendencia de Servicios Públicos, concepto 298 de 2008, entre otros.

Resta solo sugerir que la redacción del artículo permita con claridad establecer que el entendimiento antes planteado y que se desprende de los textos de las versiones anteriores, corresponda en realidad con la intención del legislador.

DEROGATORIAS Y VIGENCIAS. (Artículo 5º del proyecto).

El artículo 5º del proyecto plantea la derogatoria de los artículos 17, 18, el numeral 19.15 del artículo 19, y el artículo 167 de la Ley 142 de 1994, así como el artículo 32 de la Ley 143 de 1994.

En opinión de esta Superintendencia, la única norma derogada en sentido estricto por el proyecto, es el artículo 167 de la Ley 142 de 1994, ya que las demás son objeto de modificación, por lo que se sugiere que en este artículo 5º del proyecto se refiera simplemente a la derogatoria general de las normas que le sean contrarias y en especial, la del artículo 167 en comento.

Ahora bien, el proyecto de manera expresa y particular refiere cuáles son las normas de la Ley 142 de 1994 que son objeto de modificación y derogatoria, con lo que se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 186 íbidem respecto de los presupuestos que deben considerarse para entender que dicha ley ha sido contrariada por una ley posterior en la materia.

ARTÍCULO 186. CONCORDANCIAS Y DEROGACIONES. Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta Ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta Ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria. (Subrayas fuera de texto).

Finalmente, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios resolverá cualquier inquietud adicional que la honorable Corporación requiera sobre el particular.

Cordialmente,



PATRICIA DUQUE CRUZ
Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios

Proyectó: Luis María Padilla, Asesor oficina Jurídica
Revisó: Marina Montes Álvarez, Jefe Oficina Asesora Jurídica

C.C. comisión_sexta@camara.gov.co, maleja_rozo@hotmail.com, kristymichelli61@hotmail.com, jaimsepulveda@camara.gov.co