

# SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

## OFICINA ASESORA JURÍDICA

### CONCEPTO UNIFICADO 30

*Nota General.* En lo referente a la posesión se debe tener en cuenta que si bien la Ley 142 de 1994, determinó el procedimiento, lo cierto es que no se ocupó de aspectos tales como las reglas generales aplicables al procedimiento o de la naturaleza y funciones de las personas encargadas de la administración de la empresa durante el procedimiento de toma de posesión; no obstante, gracias a la remisión expresa que hizo el artículo 121 del Decreto 990 de 2002, a las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras, es posible conocer con certeza tales aspectos. De este modo se desarrollara lo referente a la naturaleza de esta acción, los modos para ser ejecutada, los efectos de la toma de posesión y los terceros intervinientes y las facultades entregadas a los mismos para conocer del procedimientos.

## POSESIÓN DE LAS EMPRESAS

### 1. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Conforme con el artículo 334 constitucional, la dirección general de la economía estará a cargo del Estado; en razón a ello, éste se encuentra facultado para intervenir, por mandato de la ley, entre otros aspectos, en los servicios públicos, con el fin de asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, pues su prestación es una actividad inherente a la finalidad del Estado.

Ahora bien, como la prestación de los servicios públicos domiciliarios conlleva la ejecución de una actividad económica en la que pueden concurrir particulares, se hace necesaria la intervención del Estado, con mayor razón cuando ello debe tener lugar en términos de calidad y efectiva prestación, así lo ha reconocido la Corte Constitucional(1), en los siguientes términos:

“(…) Ahora bien, bajo el marco normativo de la Constitución de 1991, la autonomía de la voluntad privada no se concibe como un simple poder subjetivo de autorregulación de los

intereses privados, “sino como el medio efectivo para realizar los fines correctores del Estado Social, a través del mejoramiento de la dinámica propia del mercado”[18] de manera tal que debe entenderse limitada y conformada por el principio de dignidad humana, los derechos fundamentales de las personas, la prevalencia del interés general, la función social de la propiedad (Art. 58), el bien común como límite a la libre iniciativa privada, la función social de la empresa (Art. 333), la dirección general de la economía a cargo del Estado y los poderes estatales de intervención económica (Art. 334).

(...)

En reiteradas oportunidades esta Corporación ha puesto de relieve que la adopción del principio de Estado Social de Derecho por la Constitución de 1991 no supuso la instauración de “un modelo económico restringido, rígido, inamovible, que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar todas aquellas que le fueren contrarias”[19], empero lo anterior no significa que la Carta Política de 1991 sea un texto neutro, indiferente al comportamiento económico de los particulares o de los poderes públicos. Por el contrario “el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal”[20].

De suerte que la Constitución dota al Estado “de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia Carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento” e igualmente dota “a los agentes sociales, individuales y colectivos, mayores instrumentos de gestión, fiscalización, control y decisión sobre la cosa pública”[21].

(...)”.

Ahora bien, este poder de intervención del Estado en los servicios públicos se materializa entre otros aspectos en la toma de posesión de las empresas prestadoras de estos servicios o en la intervención del servicio cuando el Municipio es prestador directo.

Para estos efectos, el artículo 370 de la Constitución Política atribuyó dicha competencia en cabeza del Presidente de la República; no obstante expresamente la disposición constitucional determinó que a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejercería el control, la inspección y vigilancia de las entidades que lo presten.

Así las cosas, en desarrollo de los principios y facultades constitucionales en materia de servicios públicos, el legislador expidió la Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, a través de la cual se realizó un desarrollo integral de los preceptos consignados en la Carta Constitucional y se abrió el camino para el logro de los objetivos constitucionales en el sector de servicios

públicos, precisando los fines y alcances de la intervención del Estado, así como también los límites de tal intervención en relación al principio de libertad económica consagrado en el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución.

Así lo ha concebido la Corte Constitucional(2) al señalar lo siguiente:

“6.3. En uso de las facultades consagradas en los artículos 334, 336 y 365 a 370 Superiores, se expidió la Ley 142 de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, con el fin de desarrollar los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación de estos servicios y alcanzar, entre otros, los siguientes objetivos: (i) garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; (ii) ampliar permanentemente la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; (iii) brindar atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; (iv) garantizar la prestación continua e ininterrumpida del servicio público domiciliario, salvo cuando existan razones de fuerza mayor, caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; (v) asegurar la prestación eficiente del servicio; (vi) proteger la libertad de competencia y prevenir la utilización abusiva de la posición dominante; obtención de economías de escala comprobables; (vii) establecer mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; y (viii) establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad”.

En consecuencia, el ejercicio de control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, con miras a garantizar los principios señalados, es desarrollado por el Presidente de la República, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en consideración al desarrollo legal que para el efecto hace el artículo 75 de la Ley 142 de 1994.

De esta manera, si bien el ejercicio de la función de control, inspección y vigilancia, se reconoce y se garantiza la libertad de entrada a las diferentes empresas de servicios públicos, también se reconoce la libertad de salida, en tanto que las empresas que no presten el servicio en los términos previstos por el régimen de los servicios públicos, pueden ser objeto de intervención por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en consecuencia, de no superarse las causas que le dieron origen, salir del mercado de los servicios públicos, en virtud de la intervención que desarrolla el Estado.

En ese orden de ideas, el capítulo IV “TOMA DE POSESIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS”, del título IV “OTRAS DISPOSICIONES” del capítulo III “LOS BIENES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS”, previó en el artículo 59 de la Ley 142 de 1994 los casos en que el Superintendente de Servicios Públicos, en virtud de la función asignada por los numerales 10 del artículo 79 ibídem y 16 del artículo 7 del Decreto 990 de 2002, puede tomar posesión de una empresa de servicios públicos, así como el

procedimiento y duración de la actuación; haciendo en todo caso, remisión a las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras, en cuanto sean pertinentes, en atención al inciso 5 del artículo 121, correspondiente al capítulo IV "TOMA DE POSESIÓN Y LIQUIDACIÓN" del título VII "ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS".

De un examen juicioso de las disposiciones que componen en su conjunto el régimen de posesión y liquidación de las empresas de servicios públicos domiciliarios de la Ley 142 de 1994, puede observarse con claridad que si bien el legislador determinó el procedimiento, lo cierto es que no se ocupó de aspectos tales como las reglas generales aplicables al procedimiento o de la naturaleza y funciones de las personas encargadas de la administración de la empresa durante el procedimiento de toma de posesión; no obstante, gracias a la remisión expresa que hizo el artículo 121 en mención, a las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras, es posible conocer con certeza tales aspectos.

Con base en lo anterior, al procedimiento aplicable a la toma de posesión y liquidación de empresas de servicios públicos domiciliarios le es aplicable el Decreto 663 de 1993 "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración", así como el Decreto 2555 de 2010 "Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones".

## **2. NATURALEZA DE LA TOMA DE POSESIÓN**

La toma de posesión ha sido definida jurisprudencialmente como "...una medida de intervención extrema, en la que la Superintendencia de Servicios Públicos toma la administración de un prestador de servicios públicos, para administrarla o liquidarla según la situación en que se encuentre la empresa.

Esta medida tiene un carácter preventivo y la posibilidad de aplicación surge cuando quienes prestan servicios públicos incumplen de manera reiterada los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad definidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ésta podrá ordenar la separación de los gerentes o de miembros de las juntas directivas de la empresa de los cargos que ocupan.[62]"(3).

En ese sentido, la toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios constituye "...la concreción de uno de los diversos instrumentos de intervención estatal por parte del órgano de inspección, control y vigilancia. Se trata de una medida excepcional y discrecional sujeta a una normatividad especial, que como afirma el profesor Palacios Mejía

“es un régimen de derecho administrativo, que manifiesta el propósito del Estado de intervenir en la dirección de la economía, y que no tiene paralelo en el derecho comercial...”[3]”(4); a su turno, a la luz del artículo 81 de la Ley 142 de 1994 ha sido concebida como una sanción a las empresas de servicios públicos que violen las normas a las que deben estar sujetos, en los siguientes términos:

Artículo 81. Sanciones. La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:

(...)

81.7. Toma de posesión en una empresa de servicios públicos, o la suspensión temporal o definitiva de sus autorizaciones y licencias, cuando las sanciones previstas atrás no sean efectivas o perjudiquen indebidamente a terceros.

(...)”.

Vista como sanción, la toma de posesión debe estar precedida del procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el Capítulo III del Título III “Procedimiento Administrativo General” de la Parte Primera de *Nota General*. En lo referente a la posesión se debe tener en cuenta que si bien la Ley 142 de 1994, determinó el procedimiento, lo cierto es que no se ocupó de aspectos tales como las reglas generales aplicables al procedimiento o de la naturaleza y funciones de las personas encargadas de la administración de la empresa durante el procedimiento de toma de posesión; no obstante, gracias a la remisión expresa que hizo el artículo 121 del Decreto 990 de 2002, a las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras, es posible conocer con certeza tales aspectos. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de garantizar el respecto a los principios del debido proceso y de defensa y contradicción que tiene la empresa y lograr acreditar con certeza la violación a las normas a las que deben estar quienes presten servicios públicos domiciliarios.

### **3. MODALIDADES DE LA TOMA DE POSESIÓN**

En la sentencia previamente citada, ha señalado la Corte Constitucional que “La toma de posesión de empresas de servicios públicos domiciliarios tiene dos finalidades: (i) para administrar, cuyos propósitos fundamentales, entre otros, son los de garantizar la continuidad y calidad debidas del servicio y superar los problemas que dieron origen a la medida, de conformidad con los artículos 59, 60-2, 61 y 121 de la Ley 142 de 1994, hasta por dos años; y ii) para liquidar, cuando no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa. Para el cumplimiento de estas

dos finalidades, la Ley 142 de 1994 prevé tres tipos de toma de posesión: (1) con fines de administración (para superar las causas que dieron origen a la adopción de la medida); (2) con fines liquidatorios (implica medidas tales como la administración temporal, la solución empresarial, la reestructuración, vinculación de un gestor, de un operador especializado, o de capital); y (3) para liquidación, que implica que la empresa cesa su objeto social y se da inicio a lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas concordantes”.

Sin embargo, el Consejo de Estado(5) ha considerado que son dos (2) las modalidades de la toma de posesión, en los siguientes términos:

Ahora bien, la medida de toma de posesión reviste claramente dos modalidades: i) para administrar ii) para liquidar, tal y como se desprende del inciso 4° del artículo 121 de la ley 142 y en el numeral 60.2 del artículo 60 y del inciso 1° del citado artículo 121 de la ley 142, respectivamente, en armonía con lo dispuesto por el Decreto Reglamentario 556 de 2000 que prevé inequívocamente estas dos modalidades de toma de posesión:

"Artículo 1°. A la toma de posesión para la administración de las empresas de servicios públicos domiciliarios se aplicaran, en cuanto sean pertinentes, las normas contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las que lo desarrollen, relativas a la toma de posesión de instituciones financieras.

Artículo 2°. De conformidad con el artículo 24 numeral 5 de la Ley 510 de 1999, en los procesos de toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios para su administración o liquidación, de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el Superintendente podrá designar una junta asesora del funcionario encargado de la administración o liquidación, en la cual deberán estar representados por lo menos dos (2) de los acreedores mayoritarios de la empresa.

A dicha junta podrán concurrir los Ministro del Despacho que correspondan a los sectores de los servicios públicos a cargo de la empresa objeto de la toma de posesión." (Subrayas de la Sala)

En punto de la toma de posesión para administrar el inciso 4° del artículo 121 determina que "Si después del plazo prudencial señalado por el Superintendente para la toma de posesión de una empresa de servicio públicos, para administrarla, que no podrá ser superior a dos (2) años, por razones imputables a sus administradores o accionistas, no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa," A su vez, el numeral 60.2 del artículo 60 de la ley prescribe que cuando la toma "de posesión tenga como causa circunstancias imputables a los administradores o accionistas de la empresa, el Superintendente definirá un tiempo prudencial para que se superen los problemas que dieron origen a la medida y el precepto agrega que si transcurrido ese lapso no se ha solucionado la situación, el Superintendente ordenará la liquidación de la empresa. Nótese que uno y otro textos legales refieren a temas propios de la administración

del prestador intervenido, de modo que aluden a la toma de posesión para administrar, pues se trataría en principio de factores administrativos que bien podrían subsanarse con una gestión adecuada en dos años.

Al paso que, en cuanto hace a la toma de posesión para liquidar (inciso primero del artículo 121 citado), la ley no estipuló un plazo perentorio para adoptar la medida, de modo que la fase de administración temporal del prestador intervenido que suele preceder a la decisión de liquidación y que busca no interrumpir la prestación del servicio, en la medida en que la liquidación no puede afectar la garantía de la continuidad en la prestación del servicio, podría superar ese término, toda vez que este supuesto no se subsume en la hipótesis legal reseñada.

Si bien es cierto que la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios no fue diseñada constitucional ni legalmente para administrar empresas de servicios públicos en serios problemas -como tampoco es el garante final de la prestación de los servicios públicos domiciliarios- sino que fue concebida para ejercer sobre aquellas las atribuciones de policía administrativa y para retirar del mercado de los servicios públicos aquellas que incurran en las causales de toma de posesión para liquidar, no es menos cierto que el deficiente marco normativo antes esbozado no brinda suficiente claridad sobre las responsabilidades y competencias de los diversos agentes involucrados (tanto del nivel central como territorial). Esta circunstancia, ha implicado en la práctica que la responsabilidad final que incumbe al Estado 27 haya terminado en cabeza de esa Superintendencia, de modo que las decisiones de administración o liquidación terminan dilatándose en el tiempo. En otras palabras, no es posible retirar a un prestador de servicios públicos -mediante su liquidación- si no hay quien lo pueda sustituir, al menos transitoriamente, hasta tanto se adopta una solución definitiva”.

Aun cuando de acuerdo con el pronunciamiento del Consejo de Estado las modalidades de intervención se dirigen hacia la administración o la liquidación de la empresa, a juicio de esta Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios son tres (3) las modalidades de toma de posesión a saber:

### **3.1. Administración**

Esta modalidad de intervención supone que la empresa objeto de toma de posesión puede superar las causales que le dieron origen a la intervención con actos de mera gestión, así se colige del contenido del inciso 4 del artículo 121 de la Ley 142 de 1994:

“Artículo 121. Reglamentado por el Decreto Nacional 556 de 2000. Procedimiento y alcances de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos. La toma de posesión ocurrirá previo concepto de la comisión que regule el servicio, y puede realizarse también para liquidar la empresa. No requiere citaciones o comunicaciones a los interesados antes de que se produzca el acto administrativo que la ordene; pero tal acto, que se notificará al representante legal de la empresa o, en su defecto, a cualquier funcionario que se encuentre en las dependencias de ésta, es recurrible en el efecto devolutivo.

La Superintendencia podrá pedir a las autoridades competentes, en el evento de toma de posesión, que declaren la caducidad de los contratos de concesión a los que se refiere esta Ley.

Los ingresos de la empresa se podrán utilizar para pagar los gastos de la administración de la Superintendencia. Cuando la toma de posesión no sea una sanción para la empresa, se la indemnizará plenamente por los perjuicios que le pueda haber ocasionado.

Si después del plazo prudencial señalado por el Superintendente para la toma de posesión de una empresa de servicios públicos, para administrarla, que no podrá ser superior a dos (2) años, por razones imputables a sus administradores o accionistas, no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa.

Se aplicarán, en estos casos, y en cuanto sean pertinentes, las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras. Las referencias que allí se hacen respecto a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se entenderán hechas a la Superintendencia de servicios públicos; las que se hacen al Consejo Asesor se entenderán referidas a la comisión de regulación; las hechas a los ahorradores se entenderán hechas respecto a los acreedores; y las hechas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se tratarán como inexistentes”.

Si bien, los pronunciamientos jurisprudenciales en cita, atendiendo lo consagrado por el artículo 121 en comento, con certeza señalan que el tiempo de administración no podrá exceder de dos (2) años, lo cierto es que, el artículo 1 del Decreto 556 de 2000(6), remitió en materia de toma de posesión con fines de administración a las normas contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las que lo desarrollen, relativas a la toma de posesión de instituciones financieras.

En ese orden de ideas, el último inciso del párrafo del artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone que “Cuando no se disponga la liquidación de la entidad, la toma de posesión no podrá exceder del plazo de un (1) año, prorrogable por la Superintendencia Bancaria por un plazo no mayor de un año”; término que desde luego podría dar lugar al tope de los dos (2) años establecido por la Ley 142 de 1994.

En esta modalidad, el Superintendente de Servicios Públicos al tomar posesión podrá designar o contratar una persona a la cual se le encargue la administración de la empresa, denominado como Agente Especial.

Sobre la gestión a desarrollar bajo esta modalidad, esta Oficina Asesora Jurídica(7) se ha pronunciado en los siguientes términos:

“La toma de posesión para administrar es una de las modalidades de toma de posesión cuyos propósitos fundamentales, entre otros, son los garantizar la continuidad y calidad debidas del servicio y superar los problemas que dieron origen a la medida, de conformidad con los artículos 59, 60.2, 61 y 121 de la Ley 142 de 1994.

En igual sentido, el artículo 117 del Decreto 0663 de 1993 por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, aplicable por remisión del artículo 121 de la Ley 142 de 1994, señala en su numeral segundo que la toma de posesión para administrar se dará hasta cuando se subsanen las causas que hayan dado lugar a la adopción de la medida, término éste que no podrá ser superior a dos años para las prestadoras de servicios públicos según la Ley 142 de 1994.

Así las cosas el funcionario comisionado como representante legal, o a quien se le otorgue la administración del prestador intervenido, no tiene como causa final de su gestión la misma que rige para los administradores de sociedades comerciales regidas por el Código de Comercio. En estos casos ya no se trata meramente de realizar todas las actividades del objeto social y de las funciones señaladas a él por los estatutos de la compañía para buscar rendimientos económicos o financieros, sino que su propósito o fin debe coincidir con el objeto para el cual fue designado, esto es tomar las medidas necesarias en orden a garantizar la continuidad del servicio y buscar superar los problemas que dieron origen a la medida.

En este orden de ideas las gestiones que se adelanten deben estar encaminadas y justificadas en uno de estos dos sentidos. De este modo cuando se trata de efectuar gestiones, negociaciones, cubrir gastos o pagar cuentas que sean estrictamente necesarias para mantener la continuidad en el servicio, el administrador temporal podrá efectuarlos ya que su actuación va dirigida a este primer criterio expuesto.

El segundo criterio finalista es el de buscar la recuperación financiera o superar aquellas causas que le dieron origen a la medida, esto es por ejemplo, renegociar los pasivos de la empresa de tal forma que estos puedan ser efectivamente cubiertos dentro del término fijado para su administración temporal o el efectuar negociaciones que positivamente vayan directamente encaminadas a recuperar la empresa en el corto plazo señalado por la ley o el acto administrativo que dio origen a la medida.

En tales condiciones se tiene que si bien el administrador o representante legal es quien tiene en su cabeza la facultad de tomar decisiones gerenciales, y debe hacerlo con la responsabilidad debida, sus funciones se ven restringidas ya que no basta el criterio del

beneficio que se obtenga a corto plazo, si este no tiene una conexidad con los motivos directos que dieron origen a la medida y de manera real buscan superarlos.

En otros términos, si se observa que con la negociación no se cumplen tales criterios y con dicha gestión no se coloca a la empresa en la circunstancia de poder volver a prestar el servicio de manera autónoma o no coincide con el plan de gestión que se debe seguir para su recuperación, deberá tenerse supremo cuidado por cuanto el activo social de la prestadora, en el supuesto caso de que la administración temporal no pueda cumplir sus objetivos, conformará la masa liquidatoria de bienes garantía del pago a los diferentes acreedores de la empresa.

Nótese que el artículo 121 de la Ley 142 de 1994 dispone que si después del plazo prudencial señalado por el Superintendente para la toma de posesión de una Empresa de Servicios Públicos, para administrarla, que no podrá ser superior a dos años y si no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa” (Resaltado y subrayas fuera de texto).

### **3.2. Con fines liquidatorios – etapa de administración temporal**

La prestación de los servicios públicos domiciliarios demanda especial cautela en materia de su regulación; en ese mismo sentido, también la intervención de las empresas de servicios públicos con miras a garantizar la efectiva prestación de los mismos.

Aunque la Ley 142 de 1994 reconoce expresamente dos (2) modalidades de intervención (administración y liquidación), interpretación que es respaldada por la sentencia del Consejo de Estado (previamente citada), lo cierto es que con el ánimo de garantizar la prestación del servicio, no sería posible utilizar la modalidad de la liquidación sin previamente contar con medidas efectivas que permitan asegurar dicha finalidad, tal como lo señaló dicha Corporación al referir que “...no es posible retirar a un prestador de servicios públicos -mediante su liquidación- si no hay quien lo pueda sustituir, al menos transitoriamente, hasta tanto se adopta una solución definitiva”.

De esta manera, para entrar a liquidar una empresa de servicios públicos es necesario contar con las herramientas que previamente permitan hacer efectiva dicha modalidad; razón por la cual, cuando las causas que dan origen a la intervención son de carácter estructural, la Superintendencia de Servicios Públicos, en su calidad de autoridad de intervención, lidera y coordina las soluciones empresariales e institucionales sostenibles en el largo plazo que garanticen la prestación del o los servicios a cargo de la intervenida.

Así las cosas, dentro de las acciones que puede adoptar está la de reestructuración financiera, administrativa, vinculación de operadores o gestores, liquidación-creación de nuevas empresas, entre otras medidas; puesto que de no mediar esta serie de decisiones administrativas la concreción de la liquidación de la empresa aparejaría la imposibilidad de la prestación del servicio y, en consecuencia, la inminente falla del Estado como garante de su prestación.

El principal objeto de esta modalidad es el de realizar los estudios pertinentes a fin de estructurar y poner en marcha soluciones empresariales e institucionales sostenibles que garantice en el largo plazo la prestación del servicio a cargo de la intervenida, dando cumplimiento lo ordenado en los artículos 2 y 365 de la Constitución Política.

Teniendo en cuenta que se trata de una administración de carácter temporal, le es aplicable el párrafo del artículo 60 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 8 de la Ley 689 de 2001, en los siguientes términos:

"El Superintendente, al tomar en posesión, podrá designar o contratar una persona a la cual se le encargue la administración de la empresa en forma temporal."

En materia del término de duración de esta etapa, aun cuando la Ley 142 de 1994 prevé que el término no podrá exceder de un (1) año, prorrogable por un término igual, lo cierto es que para cumplir los fines previstos para esta modalidad no se cuenta con un término legal dado que la consecución de fuentes de financiamiento de planes de inversión, reestructuración financiera, el aseguramiento de una gestión operativa y comercial eficiente, la reducción de costos operativos y administrativos, fondeo de pasivo pensional, vinculación de gestores especializados, entre otros temas, requiere de un tiempo que no puede estar previsto; con mayor razón cuando estas acciones por parte del Agente Especial que para el efecto se designe, requieren actuaciones y apoyo de otras autoridades locales, la obtención de recursos cuantiosos, trámites de actos en Concejos, decisiones de Alcaldes y Gobernadores, circunstancias que de no contar con tiempo, puede conllevar al fracaso de las estrategias de reestructuración convenidas y de paso afectar la prestación de los servicios públicos atentando contra una de las finalidades del estado prevista en el artículo 2 de la Constitución Política.

En efecto, la sentencia del Consejo de Estado aludida, señala que "...en cuanto hace a la toma de posesión para liquidar (inciso primero del artículo 121 citado), la ley no estipuló un plazo perentorio para adoptar la medida, de modo que la fase de administración temporal del prestador intervenido que suele preceder a la decisión de liquidación y que busca no interrumpir la prestación del servicio, en la medida en que la liquidación no puede afectar la garantía de la continuidad en la prestación del servicio, podría superar ese término, toda vez que este supuesto no se subsume en la hipótesis legal reseñada....".

### 3.3. Liquidación

La liquidación como modalidad de intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios, se encuentra contemplada en los artículos 121 y 61 de la Ley 142 de 1994 y opera cuando no se superan los problemas que le dieron origen a la medida, por razones imputables a los administradores o accionistas; de manera que ante la imposibilidad de que la empresa preste el servicio, cesa su objeto social -o como lo señala el Estatuto Orgánico Financiero, opera la “disolución de la entidad”(8) y es necesario sustituir al prestador.

Al igual que a la modalidad de administración, le son aplicables por remisión expresa del mencionado artículo 121, reglamentado por el Decreto 556 de 2000, las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las que lo desarrollen, así lo ha señalado incluso el Consejo de Estado(9), en los siguientes términos:

“Dado que el artículo 121 de la Ley 142 de 1994(10) remite a la regulación del procedimiento de liquidación de las entidades financieras previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto 663 de 1993 - para efectos de la liquidación de las empresas de servicios públicos domiciliarios, de suyo esa regulación viene a ser especial en todos los aspectos concernientes a esa liquidación, luego como tal prevalece sobre las disposiciones que regulan las relaciones económicas o financieras en situación normal de esas empresa”.

El desarrollo de esta figura no fue previsto en la Ley 142 de 1994, razón por la cual aspectos tales como el término de duración no se encuentra contemplado; no obstante, de conformidad con el artículo 117 del señalado estatuto, “La toma de posesión de la entidad se conservará hasta cuando se declare terminada su existencia legal, salvo cuando se realice la entrega al liquidador designado en asamblea de accionistas”, en todo caso, agrega la norma que “Cuando se disponga la liquidación, la misma no podrá prolongarse por más de cuatro (4) años desde su inicio. Lo anterior sin perjuicio de que el Gobierno lo pueda prorrogar por resolución ejecutiva por un término mayor en razón del tamaño de la entidad y las condiciones de la liquidación”, contenido que es reiterado por el artículo 9.1.3.6.1 del Decreto 2555 de 2010(11).

Pese a lo anterior, dado que las normas relativas a la liquidación de entidades financieras son aplicables, siempre que sean pertinentes, en criterio de esta Oficina Asesora Jurídica(12), la redacción de la norma comporta que “...no todas las normas sobre liquidación de instituciones financieras son aplicables a la liquidación de las empresas de servicios públicos, entre otras razones- pero quizás la más importante- porque está de por medio la garantía de la prestación del servicio. Por esta razón, en el caso de los prestadores de servicios públicos no resulta pertinente la aplicación del artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 23 de la ley 510 de 1999”.

Ahora, la finalidad de esta modalidad no es otra que la salvaguarda de la prestación del servicio y la preservación de los activos de la empresa objeto de la medida, toda vez que constituyen prenda general de los acreedores. En esa medida, la Superintendencia en esta modalidad liderará y coordinará la solución empresarial e institucional sostenible que garantice en el largo plazo la prestación del servicio a cargo de la empresa en liquidación y que propenda por la maximización del valor de los activos.

### **3.3.1. Posibilidad Jurídica de iniciar actuaciones administrativas respecto de empresas de servicios públicos en liquidación.**

Conforme a lo dispuesto en los Artículos 98 y 99 del Código de Comercio, la "... sociedad una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". "La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad".

Según lo dispuesto en el Código Civil, en su Artículo 633, se "... llama persona jurídica, una persona ficta, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

Ahora bien, existen dos modalidades de personas jurídicas en el derecho privado, las civiles y las comerciales, según si se constituyen para ejercer o no actos o empresas mercantiles(13) y de acuerdo con lo anterior, éstas últimas adquieren personería jurídica desde su constitución, acto por el cual se individualizan separándose de quienes las crearon y surgiendo un ente jurídico independiente de los mismos.

Al respecto y sobre los efectos que conlleva para las sociedades comerciales adquirir personería jurídica, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

"... la sociedad es una persona jurídica con capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, y, por consiguiente, para ser parte en un proceso, atributo que conserva hasta tanto no se liquide el ente y se apruebe la cuenta final de su liquidación, que es el momento en el cual desaparece o muere la persona jurídica(14).

Así las cosas, es dable afirmar que la sociedad comercial en tanto conserve personería jurídica puede ejercer derechos y contraer obligaciones, así como responder por todos los actos que efectúe en desarrollo de su objeto social.

Por su parte y sobre la disolución y liquidación de las sociedades, el Consejo de Estado señala lo siguiente:

“... la apertura del trámite liquidatorio comporta la disolución de la persona jurídica y la restricción de la capacidad jurídica de la sociedad, en tanto surge la prohibición de iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto social, la cual se entiende sin perjuicio de la obligación de continuar y concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la disolución...”

“... ello en manera alguna significa que la sociedad desde que el momento en que se declara disuelta desaparezca del mundo jurídico..., pues tal y como lo ha afirmado tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como la doctrina, la disolución es apenas el punto de partida para la extinción de la sociedad. Y un punto de partida que puede tener retorno..., toda vez que el estatuto mercantil prevé la existencia de causales de disolución subsanables, esto es, aquellas circunstancias que a pesar de producir la disolución, son susceptibles de conjurarse, así como mecanismos que posibilitan la reactivación de la empresa, aun encontrándose incurso en el proceso de liquidación de su patrimonio social”.

(...)

Ahora bien, con relación a los efectos producidos por la apertura del trámite liquidatorio, es sabido que las principales consecuencias se encuentran en la desvinculación de los administradores, la designación del liquidador, la exigibilidad de las obligaciones y la formación de la masa liquidatoria destinada a la cancelación de los pasivos externos e internos de la sociedad.

También corresponde a los efectos del trámite liquidatorio, la separación de los miembros de la Junta Directiva, quienes son sustituidos por la Junta Asesora del Liquidador. Por su parte, la Junta de Socios, si bien encuentra disminuidas sus posibilidades de acción, en virtud del proceso de liquidación forzosa, no por ello desaparece, como tampoco se extinguen sus derechos y expectativas en punto a la marcha de la sociedad”(15).

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en los Artículos 79.1 de la Ley 142 de 1994, modificado por el Artículo 13 de la Ley 689 de 2011 y 5 del Decreto 990 de 2002(16), es función de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, vigilar “... y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad”.

En desarrollo de lo anterior, en el Artículo 81 de la Ley 142 de 1994, establece que la “... Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta...”.

Por lo tanto, la Superintendencia en ejercicio de sus facultades de vigilancia y control no sólo puede imponer sanciones a los prestadores de servicios públicos domiciliarios sino que es su deber hacerlo cuando éstos violen las normas y actos administrativos a los que deben sujetarse. Y para el efecto, debe dar aplicación al procedimiento sancionatorio previsto en el Artículo 47 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, respetando siempre el debido proceso y el derecho de defensa del prestador, todo lo cual comienza, en el caso de esta Superintendencia, con la notificación del pliego de cargos de la investigación correspondiente.

Así las cosas, en tanto exista una presunta violación al régimen de los servicios públicos domiciliarios por parte de los prestadores de los mismos, la Superintendencia debe adelantar la respectiva actuación administrativa sancionatoria.

En consideración a lo expuesto, puede afirmarse que en tanto la sociedad no haya culminado su proceso liquidatorio, es decir que mientras no se haya aprobado la cuenta final de liquidación y se inscriba en la cámara de comercio correspondiente, ésta conserva su personería jurídica, por tanto, será sujeto de derechos y obligaciones respondiendo por los actos que haya realizado en desarrollo de su actividad.

En tal sentido, respecto a las sociedades disueltas y en período de liquidación, resulta jurídicamente viable dar inicio a las actuaciones administrativas en su contra a que haya lugar. En el caso concreto y en relación con aquellas que debe adelantar la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en desarrollo de las funciones de vigilancia y control a su cargo, deberá notificar a la sociedad el pliego de cargos correspondiente, para que el liquidador y los socios que aprueban el acta final de su liquidación tomen las previsiones a que haya lugar en lo tocante a dicha actuación.

### **3.4. Designación de Terceros especializados en la etapa de liquidación de empresas intervenidas.**

El artículo 123 de la Ley 142 de 1994 establece que “La liquidación de las empresas de servicios públicos se hará siempre por una persona que designe o contrate la Superintendencia; el liquidador dirigirá la actuación bajo su exclusiva responsabilidad, y la terminará en el plazo que señale el Superintendente. El liquidador tendrá las facultades y deberes que corresponden a los liquidadores de instituciones financieras, en cuanto no se opongan a normas especiales de esta Ley”.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el estatuto de los servicios públicos domiciliarios remite expresamente en materia de liquidación a las normas sobre liquidación de entidades financieras, en especial a las del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es preciso señalar que el Decreto 2555 de 2010(17), dispone algunas reglas sobre activos remanentes y situaciones no definidas, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 9.1.3.6.3 REGLAS SOBRE ACTIVOS REMANENTES.

<Fuente original compilada: D. 2211/04 Art. 50> Cuando la relación entre los activos comparados con los gastos administrativos no sea suficiente para continuar con la realización de los activos y el pago de las acreencias, se procederá así:

a) Adjudicación por consenso de los acreedores. El liquidador requerirá a los acreedores que de acuerdo con la prelación legal tienen derecho a recibir el siguiente pago de su acreencia, para que propongan fórmulas de pagos mediante la adjudicación de los bienes remanentes hasta por el monto de los créditos. Los bienes podrán ser entregados directamente a los acreedores o a una entidad que sea elegida por los mismos y que se encuentre autorizada para administrar activos, a efectos de que esta realice dicha labor por cuenta de los acreedores.

Las propuestas o fórmulas de pago que se reciban serán sometidas a la aprobación de los acreedores que, de acuerdo con la ley y la resolución de reconocimiento de acreencias, tienen derecho a recibir el correspondiente pago.

El Liquidador aceptará las fórmulas de adjudicación que sean aprobadas por el voto favorable del cincuenta y uno por ciento (51%) de las acreencias y como mínimo la mitad más uno de los acreedores que tienen derecho a recibir el siguiente pago.

Si no se pudiere lograr la aceptación de las fórmulas de pago a que se refiere el presente literal, el liquidador podrá acudir a cualquiera de los siguientes mecanismos, según estime conveniente;

b) Celebración de contratos. En concordancia con lo previsto en el numeral 11 del artículo 301 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Liquidador podrá suscribir directamente convenios o contratos de mandato con otras instituciones financieras intervenidas, con terceros e incluso con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – FOGAFIN, mediante los cuales contrate la realización de actividades relacionadas con la liquidación.

Igualmente, el Liquidador podrá constituir patrimonios autónomos y encargos fiduciarios o celebrar todo tipo de contratos para la administración y enajenación de los activos remanentes y para el pago de las obligaciones a cargo de la institución financiera en liquidación. En todo caso, deberá obtener la autorización del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –FOGAFIN en los casos previstos en el literal n) del numeral 1 del artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás previstos en la ley.

Para el cumplimiento del propósito señalado en este literal, atendiendo a circunstancias particulares como el tamaño de la institución, el número de acreedores, la naturaleza de los activos remanentes, los costos, entre otros factores, el liquidador podrá contratar personas naturales o jurídicas de derecho público o privado que de conformidad con su objeto social puedan actuar como colectores de instituciones financieras intervenidas, o prestar servicios especializados en administración, gestión y enajenación de los activos para la cancelación de los pasivos a cargo de instituciones financieras en liquidación.

Cuando el objeto del contrato recaiga sobre labores de administración, gestión y enajenación de activos y de cancelación o pago de los pasivos a cargo de la respectiva institución financiera en liquidación, con independencia de la modalidad contractual que se adopte, el respectivo contrato se sujetará a las reglas previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en la Ley 510 de 1999, en el presente decreto, en los instructivos del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –FOGAFIN y a lo dispuesto en los actos administrativos expedidos por el liquidador.

Antes de suscribir y perfeccionar estos contratos, el Liquidador elaborará un informe detallado con destino a la junta asesora o a los acreedores, según el caso, en el que se justifique las razones por las cuales se estima conveniente suscribir estos contratos. Dicho informe deberá trasladarse a los acreedores por diez (10) días mediante la publicación de un aviso en un diario de amplia circulación nacional, con el fin de que presenten objeciones si hay lugar a ello. Las objeciones serán resueltas por el liquidador, en un plazo máximo de diez (10) días, contados a partir del vencimiento del plazo para su presentación.

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –FOGAFIN en ejercicio de la labor de seguimiento señalada en la ley, podrá pronunciarse sobre el desarrollo y ejecución de los contratos de que trata el presente artículo;

c) Adjudicación forzosa. El liquidador podrá, mediante resolución debidamente motivada, adjudicar los activos remanentes entre los acreedores que tienen derecho a recibir el siguiente pago, a título de dación en pago, a prorrata y teniendo en cuenta las reglas de prelación de créditos reconocida dentro del proceso liquidatorio, siempre y cuando el monto, la naturaleza divisible y las condiciones de los activos remanentes permitan que la dación en pago se realice sin vulnerar el derecho de igualdad de los acreedores.

La adjudicación forzosa y las daciones en pago a los acreedores se harán sobre el cien por ciento (100%) del último avalúo.

#### ARTÍCULO 9.1.3.6.4 REGLAS SOBRE SITUACIONES NO DEFINIDAS.

<Fuente original compilada: D. 2211/04 Art. 51> Cuando subsistan procesos o situaciones jurídicas no definidas, el liquidador previa información a los acreedores o a la junta asesora, según el caso, y siguiendo las reglas previstas en el inciso segundo del literal b) del artículo 9.1.3.6.3 del presente decreto, deberá encomendar la atención de dichas situaciones a otra institución financiera intervenida o a un tercero especializado, previa constitución de una

reserva adecuada. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –FOGAFIN podrá pronunciarse sobre el desarrollo y ejecución de estos contratos en desarrollo de la labor de seguimiento señalada en la ley”.

Ahora bien, respecto de lo que debe entenderse por “procesos o situaciones jurídicas no definidas” la ley no previó disposición alguna; no obstante la practica en los procesos de liquidaciones forzosas administrativas, permite entender que la expresión hace referencia a aquéllas actividades que requieren ser evacuadas y gestionadas dado que subsisten a la liquidación. Desde luego, el decreto en mención exige que tengan la naturaleza de jurídicas; de manera que los procesos o situaciones deben obedecer a situaciones a través de las cuales se deban reconocer, negar o modificar derechos; es decir surtan efectos jurídicos tanto para la empresa a liquidar como para sus acreedores o terceros; circunstancia que eminentemente puede abarcar un sinnúmero de operaciones o labores que deberán ser analizadas en cada caso particular.

En ese sentido, al momento del cierre de un proceso de liquidación forzosa administrativa, cumplidas las etapas previstas en la ley, una empresa de servicios públicos domiciliarios en liquidación podrá tener procesos judiciales o actuaciones administrativas en su contra y deudas a favor de terceros, entre otras situaciones podrán considerarse como situaciones jurídicas no definidas, para efectos de la contratación de un tercero especializado o una institución financiera intervenida, -que para el caso, sería una empresa de servicios públicos domiciliarios intervenida-, con el fin de que ejecute tales actividades.

Cabe aclarar que podrá acudir a las figuras mencionadas siempre que se constituya una reserva adecuada acorde con la disponibilidad de recursos de la liquidación y atendido las prelación legal correspondientes, es decir que se conforme un depósito que garantice el pago por concepto de la gestión a desarrollar y las deudas que se generen una vez se definan los procesos o situaciones encomendadas.

Como el encargo de la atención de dichas actividades deberá efectuarse con base en las reglas previstas en el inciso segundo del literal b) del artículo 9.1.3.6.3 del Decreto 2550 de 2010, en el cual se incluyen mecanismos para la atención de dichas situaciones, tales como la celebración directa de contratos o convenios, cualquiera que sea, por parte del liquidador, ya sea con otras empresas intervenidas, para este caso, o con terceros, se trate personas naturales o jurídicas de derecho público o privado e incluso la constitución de patrimonios autónomos y encargos fiduciarios, para la administración y enajenación de los activos remanentes y para el pago de las obligaciones a cargo de la institución en liquidación, resulta apenas consecuente que el liquidador cuente con amplias facultades para la celebración de contratos que garanticen la culminación de la liquidación.

De hecho, es la misma disposición la que permite la posibilidad de contratar otras personas, “naturales o jurídicas de derecho público o privado” que de conformidad con su objeto social puedan prestar servicios especializados en administración, gestión o

enajenación de activos para la cancelación de los pasivos a cargo de instituciones financieras en liquidación, atendiendo a circunstancias particulares de la liquidación.

Así las cosas, como el encargo de los procesos o situaciones jurídicas no definidas deben atender a las reglas anteriores, resulta claro que podrá actuar como tercero especializado cualquier persona natural o jurídica, sea de derecho público o privado, que posea saberes, conocimientos o habilidades muy precisos en relación con los asuntos o actividades encargadas.

Ahora bien, como quiera que en los activos de una empresa en liquidación constituyen prenda general de los acreedores, incluso una vez concluido el proceso de liquidación, si quedan activos remanentes, serán dichos acreedores e incluso los accionistas de las empresas de servicios públicos conformadas como sociedades por acciones, las llamadas a que una vez el liquidador haya firmado un contrato o convenio para la atención de los remanentes y de las situaciones jurídicas sin resolver y declarada la existencia legal de la empresa, asuman la vigilancia de la labor a cargo del tercero especializado pues como ya se señaló, son los directamente interesados en que las gestiones de dicho tercero se realicen en forma diligente y en que los activos o recursos que se le hayan entregado, se administren de forma adecuada.

En efecto, la debida defensa de los asuntos encomendados y la administración eficiente de los recursos que se dejen en cabeza del tercero especializado, puede generar que a la finalización de los procesos judiciales o definición de las situaciones jurídicas encomendadas, subsistan recursos o activos que irían a incrementar el porcentaje de pago de las acreencias o incluso a una repartición de excedentes entre los accionistas.

Una vez se hayan realizado todas las actividades necesarias para el cierre del proceso liquidatorio de una empresa de servicios públicos domiciliarios, de subsistir activos de la empresa en liquidación y situaciones jurídicas pendientes de solución, el liquidador, en atención a las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del Decreto 2555 de 2010, podrá encomendar la atención de los procesos o situaciones jurídicas no definidas a un tercero especializado en la materia, siguiendo las reglas sobre activos remanentes establecidas en el literal b) del artículo 9.1.3.6.3 ibídem, siendo los acreedores y los accionistas de la empresa liquidada, los llamados a ejercer la supervisión y seguimiento a la gestión del del tercero especializado.

#### **4. Efectos de la toma de posesión.**

Conforme con el artículo 60 de la Ley 142 de 1994, los efectos de la toma de posesión son los siguientes:

“ARTÍCULO 60. EFECTOS DE LA TOMA DE POSESIÓN. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Como consecuencia de la toma de posesión se producirán los siguientes efectos:

1. El Superintendente al tomar posesión podrá celebrar un contrato de fiducia, en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal.
2. Cuando la toma de posesión tenga como causa circunstancias imputables a los administradores o accionistas de la empresa, el Superintendente definirá un tiempo prudencial para que se superen los problemas que dieron origen a la medida. Si transcurrido ese lapso no se ha solucionado la situación, el Superintendente ordenará la liquidación de la empresa.
3. Si se encuentra que la empresa ha perdido cualquier parte de su capital, previo concepto de la Comisión de Regulación respectiva, el Superintendente podrá ordenar la reducción simplemente nominal del capital social, la cual se hará sin necesidad de recurrir a su asamblea o a la aceptación de los acreedores.

PARÁGRAFO. El Superintendente, al tomar posesión, podrá designar o contratar una persona a la cual se le encargue la administración de la empresa en forma temporal”.

Si bien el legislador denominó el contenido de esta disposición como “efectos de la toma de posesión”, mas allá de tratarse de consecuencias de la intervención, podría interpretarse la norma como reglas relativas al procedimiento de toma de posesión; puesto que atendiendo al sentido natural de la expresión “efectos”, la denominación debería corresponder a las consecuencias o resultados de la intervención.

En ese sentido, el principal efecto de la toma de posesión no es otro que la separación de los administradores de la empresa de servicio público, en atención al artículo 58 de la Ley 142 de 1994, teniendo en cuenta que, en palabras del Consejo de Estado, dicha medida supone “el desplazamiento del prestador por parte del Estado” y como ya se mencionó, el relevo de los órganos de dirección, para garantizar la prestación del servicio público en condiciones de calidad y continuidad.

Lo anterior conlleva la designación de una persona, bien sea natural o jurídica, encargada de la administración temporal o liquidación de la empresa, llamada Agente Especial o Agente Liquidador, en uno u otro caso, quien cumplirá las funciones que determina la ley.

## **5. Procedencia del pago de intereses moratorios con ocasión de la toma de posesión.**

La toma de posesión y la suspensión de pagos que ordena la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre una empresa prestadora de servicios públicos, se realiza a través de un acto administrativo que se configura como un acto de autoridad, mediante el cual se constituye la fuerza mayor.

Al respecto la Ley 95 de 1980 en su artículo 1º establece:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público”.

La configuración de la fuerza mayor para el no pago de los intereses recae en la existencia de un impedimento legal del deudor, como es el caso de la toma de posesión de la empresa, dentro de la cual se decreta la suspensión de pagos, lo que ocasiona el no pago de intereses de las obligaciones previamente adquiridas por parte de la empresa. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 1616 del Código Civil Colombiano que dispone:

“La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”.

De conformidad con lo anterior, el acto de autoridad que genera la fuerza mayor en la toma de posesión se configura con la medida facultativa de suspensión de pagos que autoriza el literal b) del numeral 2º, del artículo 9.1.1.1.1 del Decreto 2555 del 2010.

Al respecto, el Consejo de Estado(18) se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Ahora bien según el inciso 2o del artículo 1616 del Código civil "la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios", luego si la toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria implica la inmediata guarda de los bienes de la intervenida, la separación de sus administradores y su reemplazo por el liquidador designado por la autoridad supervisora, es claro que tal medida constituye fuerza mayor a la que no puede resistirse la sociedad objeto de la misma y esta circunstancia tal como lo declara la norma citada excluye el reconocimiento de intereses moratorios”.

De acuerdo con lo antes referido y con lo reiterado por el Consejo de Estado(19), cuando la toma de posesión se realiza en las modalidades de simple administración o con fines liquidatorios, y además se ordena la suspensión de pago de las obligaciones, no habrá lugar al pago de intereses a partir de la toma de posesión.

Igualmente en los procesos liquidatorios, por la sola orden de liquidación emitida por la Superintendencia, se genera una fuerza mayor en la medida en que el liquidador no puede realizar pagos sin observar el procedimiento legal que regula el trámite liquidatorio y los mismos están atados a la disponibilidad de recursos. Por lo anterior, tampoco habrá lugar al

reconocimiento y pago de intereses a partir de la orden de liquidación, conforme a los parámetros que se exponen adelante.

Así las cosas, para el reconocimiento, liquidación y pago de intereses el agente especial o el liquidador, debe tener en cuenta los siguientes parámetros:

- Obligaciones antes de la toma de posesión

Las obligaciones que tenga la empresa antes de la notificación de la orden de toma de posesión, generan intereses remuneratorios si han sido pactados y de mora hasta la fecha del acto administrativo por medio del cual se ordene la toma de posesión, siempre que en el mismo se haya dispuesto la suspensión de pagos de la empresa. Si la suspensión de pagos se ordena en acto posterior, los referidos intereses se causarán hasta el momento en que se emita dicha orden.

En efecto, la suspensión de pagos de las obligaciones es una medida facultativa de la Superintendencia, establecida en el literal b) del numeral 2°, del artículo 9.1.1.1.1 del Decreto 2555 del 2010 y, en consecuencia, mientras no se ordene, los intereses se seguirán causando normalmente.

- Durante la ejecución de la toma de posesión

Respecto de las obligaciones que adquiera la empresa intervenida a partir de la declaratoria de la toma de posesión, se debe reconocer el pago de intereses remuneratorios si han sido pactados y de mora.

- Liquidación de la empresa de servicios públicos

A partir del momento en que se ordena la liquidación de una empresa de servicios públicos se hacen exigibles automáticamente todas las obligaciones de la empresa, por lo cual no procede el reconocimiento de ningún tipo de interés, sin importar que sean obligaciones adquiridas antes o durante la intervención de la empresa.

En relación con las deudas que adquiera el liquidador para cubrir los gastos de administración de la liquidación, habrá lugar al reconocimiento de intereses remuneratorios si los pactaren y de mora.

## **6. Toma de posesión de empresas de servicios públicos de naturaleza privada.**

Debido a la importancia de los servicios públicos para el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado y el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, el

constituyente impuso la obligación de asegurar la prestación eficiente de tales servicios en favor de todos los habitantes del territorio nacional.

Estos poderes de intervención del Estado en materia de servicios públicos, radicados en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, llevan aparejada la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación, en la medida que someten a las empresas de servicios públicos domiciliarios a un régimen distinto del de las demás empresas, orientado a garantizar el cumplimiento de su función social, a través de medidas como la toma de posesión.

Ahora bien, no debemos perder de vista, que la misma Ley 142 de 1994 al señalar los instrumentos de intervención estatal en el artículo 3, dispone que se constituyen en instrumentos para la misma las atribuciones y funciones asignadas a las quienes son destinatarios de sus preceptos y las funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata dicha ley y, agrega, que “Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución y con la ley, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores...”.

De esta manera, el artículo 1 ibídem, al referirse al ámbito de aplicación del régimen de los servicios públicos domiciliarios, dispone que se aplicará a los servicios públicos domiciliarios y “... a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, (...)”, entre otras.

Por su parte, el artículo 15 del régimen de los servicios públicos domiciliarios, indica quienes son las personas que prestan servicios públicos, en los siguientes términos:

“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”.

Es de resaltar, que la norma transcrita se refiere en su numeral 15.1 de manera general a las empresas prestadoras de servicios público, sin condicionar su naturaleza, es decir indistintamente involucra en dicha categoría tanto a las empresas públicas, como las mixtas y las privadas.

Así las cosas, el capítulo IV “TOMA DE POSESIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS”, del título IV “OTRAS DISPOSICIONES”, previó en los artículo 58, 59 y 60 de la Ley 142 de 1994 los casos en que el Superintendente de Servicios Públicos, en virtud de la función asignada por los numerales 10 del artículo 79 ibídem y 16 del artículo 7 del Decreto 990 de 2002, puede tomar posesión de una empresa de servicios públicos, así como el procedimiento y duración de la actuación; haciendo en todo caso, remisión a las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras, en cuanto sean pertinentes, en atención al inciso 5 del artículo 121, correspondiente al capítulo IV “TOMA DE POSESIÓN Y LIQUIDACIÓN” del título VII “ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS”.

En efecto, en los artículos de la Ley 142 de 1994, relacionados con la toma de posesión de las empresas de servicios públicos establecen que la atribución de intervención en la prestación de los servicios que ejerce esta Superintendencia de Servicios Públicos, recae exclusivamente sobre quienes presten servicios públicos domiciliarios, sin distinción alguna; de ahí que en ellos se fija como sujeto pasivo de la toma de posesión, a “las empresas”, pues es una de las expresiones que utiliza el régimen para referirse a las personas autorizadas para prestarlos.

En este orden de ideas, en tratándose de intervención de empresas de servicios públicos domiciliarios, independientemente de naturaleza pública, mixta o privada, podrá ser intervenida por esta Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios siempre que se encuentre incurso en alguno de los casos contemplados por el artículo 59 de la ley 142 de 1994, pues se reitera, el legislador no hizo distinción alguna respecto de la naturaleza de la empresa o de la composición de su capital social.

Teniendo en cuenta que la facultad de intervención ejercida por esta Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a través de la toma de posesión se predica de “quienes presten servicios públicos domiciliarios”, las empresas de servicios públicos de naturaleza privada pueden ser intervenidas cuando se verifique su incursión en alguna de las causales previstas en el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

## **7. Naturaleza de las funciones de los Agentes Especiales y Liquidadores.**

Tanto los Agentes Especiales como los Liquidadores, ejercen funciones públicas transitorias, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 291 y 1 del 295 del Estatuto Orgánico Financiero, en concordancia con lo dispuesto por el artículo Artículo 9.1.1.2.2 del Decreto 2555 de 2010, sin perjuicio de la aplicabilidad, cuando sea del caso, de las reglas del derecho privado a los actos que ejecuten en nombre de la entidad objeto de la toma de posesión o de liquidación o de las demás normas que sean aplicables.

En relación con la vinculación del Liquidador, el numeral 6 del artículo 295 del Estatuto Orgánico Financiero, estableció lo siguiente:

“6. Vinculación. El liquidador y el contralor continuarán siendo auxiliares de la justicia y, por tanto, para ningún efecto podrán reputarse trabajadores o empleados de la entidad en liquidación o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.”

En ese orden de ideas, ha señalado la Oficina Asesora Jurídica(20) que “...del Agente Especial, a quien plenamente le aplica el numeral 6° del artículo 295 por la ya referida remisión del artículo 121 de la Ley 142 de 1994, no se predica vinculación alguna como servidor público de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o con las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. ESP.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que el artículo 123 constitucional al señalar que “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”, remite a la reglamentación que contiene el Estatuto Orgánico Financiero, pues es este estatuto el que contempla la normatividad aplicable.

Ahora, aún cuando el artículo 291 de dicho estatuto se refiera a la “designación” como la modalidad de vinculación del Agente Especial con la Superintendencia, no puede equipararse dicha expresión con un “nombramiento” propio de una relación legal y reglamentaria, porque esta modalidad de ingreso a la administración corresponde a la de un empleado público, condición que como ya indicé, descarta expresamente el régimen contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para los Agentes Especiales y Liquidadores.

De otro lado, la condición de “auxiliar de la justicia” que ostenta el Agente Especial tampoco se compadece con la calidad de servidor público, pues únicamente presta “colaboración” en el ejercicio de la función judicial, constituyéndose como un oficio público “...que deben desempeñar personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación, incuestionable imparcialidad, versación y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, con título profesional, tecnológico o técnico legalmente expedido”(21), sin que puedan considerarse como funcionarios públicos, así lo señala inclusive, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968 al señalar lo siguiente:

“ARTICULO 2. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3074 de 1968. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.”

Conforme con lo anterior, los Agentes Especiales, no ostentan la calidad de empleados públicos por cuanto así lo ha establecido la Ley en forma clara y expresa,

#### 8. Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En el esquema de la toma de posesión, como instrumento de intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios, y tal y como se mencionó al inicio de este documento, la principal función de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, representada legalmente por el Superintendente, es la de tomar posesión de las empresas de servicios públicos, en virtud de los artículos 58, 59 y 123 de la Ley 142 de 1994 y 10 del artículo 79 ibídem y 16 del artículo 7 del Decreto 990 de 2002.

Es preciso señalar que el ejercicio de dicha función es de carácter discrecional; es decir facultativo, en la medida que por considerarse una medida extrema, debe estar presidida de la constatación de graves problemas que den lugar a la configuración de las causales de toma de posesión establecidas en el artículo 58 de la Ley 142 de 1994 o a la necesidad de imponerla como sanción para garantizar la prestación del servicio público, dado que no existe otra medida que permita la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio; no obstante esta debe ocurrir previo concepto de la Comisión de Regulación respectiva.

La decisión deberá ser adoptada a través del correspondiente acto administrativo frente al cual procederán los recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y cuya notificación deberá efectuarse con base en el artículo 121 de la Ley 142 de 1994, o en su defecto con base en las normas generales del procedimiento administrativo.

El contenido del acto, además de exponer los motivos por los cuales a discreción del Superintendente se adopta la medida, la orden de separar al representante legal de su cargo y, en consecuencia, nombrar al Agente Especial o Liquidador para lo de su competencia; y quien no se reputa para ningún efecto como funcionario de la Superintendencia o de la empresa intervenida.

En todo caso, tiene la función de liderar y coordinar la estructuración y puesta en marcha de la solución empresarial e institucional sostenible que garantice en el largo plazo la prestación del servicio a cargo de la empresa objeto de intervención, ello en cumplimiento de lo dispuesto de los artículos 2 y 365 de la Constitución Política.

En ese orden de ideas, a través de la Dirección de Entidades Intervenidas y en Liquidación, ejerce las funciones de seguimiento y monitoreo de los Agentes Especiales y Liquidadores, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Decreto 2555 de 2010 y el Decreto 990 de 2002, mediante reuniones de monitoreo visitas e instructivos escritos o verbales. De igual forma apoya en la coordinación de los procesos de solución empresarial e institucional; sin que puede considerarse como una coadministración o responsabilidad en la administración interna de la empresa objeto de toma de posesión.

## **9. Sanciones empresas de servicios públicos domiciliarios intervenidas.**

En el curso de las investigaciones administrativas adelantadas por esta Superintendencia por violación a las normas a las que deben estar sujetos quienes presten servicios públicos, se presenten sucesos o circunstancias ligados a la conducta que es objeto de investigación y que por la amenaza que representen para la prestación de los servicios públicos, ameriten la adopción discrecional de la toma posesión.

En ese escenario, en virtud de las facultades legales atribuidas a esta Superintendencia no es posible suspender o terminar la investigación administrativa, en tanto que, como se ha mencionado, la intervención sobreviniente no constituye una sanción a los hechos investigados, sino una medida excepcional que busca evitar perjuicios irremediables en la prestación del servicio.

Ahora, en cuanto a las investigaciones en curso contra las empresas que han sido objeto de la toma de posesión como medida de intervención, si bien para la determinación de la sanción no debe perderse de vista que los hechos materia de investigación pueden ser los mismos que justifican la toma de posesión, -sin que ello comporte un juzgamiento por los mismos hechos, dado que las medidas son producto de distintos procedimientos-, no es

menos cierto que la sanción a imponer por la conducta, previo análisis de la naturaleza y gravedad de la falta, en atención al artículo 81 de la Ley 142 de 1994, debe corresponder a circunstancias de tiempo, modo y lugar determinados, frente a los cuales la intervención administrativa no puede interferir, en tanto que surte efectos a partir de la orden de la toma de posesión como medida facultativa y excepcional.

No obstante lo anterior, si la facultad sancionatoria tiene como fin lograr la efectividad y cabal cumplimiento del servicio público domiciliario y tal como lo ha indicado la Corte Constitucional(22) "al señalar "...que la potestad de sanción la puede ejercitar el órgano vigilante siempre y cuando se haya llevado a cabo una vulneración o perturbación de reglas preestablecidas y se traduce en una sanción correctiva y disciplinaria que pretende reprimir las acciones u omisiones antijurídicas que contribuya a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas", debe mirarse también la efectividad de la sanción como medida correctiva, puesto que es la finalidad última de la misma.

En ese sentido, aún cuando las medidas coercitivas a las que puede acudir la Superintendencia frente a aquellos que violen las normas a las que se sujeta la prestación de los servicios públicos, están plenamente reglamentadas, es decir se encuentran previstas de forma expresa y taxativa en la norma, cuyo derrotero encuentra límite en la naturaleza y gravedad de la falta; lo cierto es que debe atender el principio de proporcionalidad y razonabilidad, como propósito de la valoración de los hechos y circunstancias que llevaron a la comisión de la conducta.

De esta manera, ante la violación del régimen, no se discute la necesidad de la sanción, pero sí, que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación en la garantía de la prestación de los servicios públicos domiciliarios por parte de la empresa intervenida.

Así las cosas, el examen objetivo y razonable de las circunstancias actuales del prestador intervenido, como aspecto para determinar la sanción, no puede suponer únicamente la valoración de las razones que dieron origen a la investigación en contraposición con el régimen, sino también, el análisis de la finalidad y efectividad de la medida sancionatoria para garantizar la prestación del servicio, con el fin de evitar sanciones en abstracto.

Lo anterior, por cuanto la intervención exige, entre otras gestiones, la generación de estrategias que comprometen la capacidad financiera, económica, técnica, jurídica y administrativa de la empresa intervenida; configurando de una u otra forma restricciones al patrimonio de la empresa, que pueden afectar la implementación de las soluciones a largo plazo e incluso, llegado el caso, requerir apoyo con recursos de la Nación.

Ahora bien, la toma de posesión no merma la obligación que tiene la entidad de imponer las sanciones como consecuencia de la violación al régimen de servicios públicos domiciliarios cuando la investigación administrativa ha tenido ocurrencia con posterioridad a la intervención. No obstante, habida cuenta que la intervención es considerada como una medida extrema a través de la cual el Estado implementa soluciones para garantizar en el

largo plazo la prestación del servicio a cargo de la intervenida, no sería razonable la imposición de una sanción por los mismos hechos que ocasionaron la toma de posesión, máxime cuando la solución a implementar busca precisamente superar dichas causales; de lo contrario, una sanción no podría estar respaldada en el criterio de proporcionalidad, toda vez que quedaría desnaturalizada la comprensión objetiva y razonable de los hechos que le dieron origen a la intervención.

Esta situación no conlleva a que la facultad de inspección, control y vigilancia de la Superintendencia merme, puesto que en el desarrollo del proceso de intervención, pueden suscribirse los planes o acuerdos de mejoramiento y programas de gestión a que hace relación el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, con la única finalidad de definir las acciones que de manera efectiva puedan superar la amenaza o crisis en la prestación del servicio. Así mismo, la Dirección de Entidades Intervenidas desarrolla una labor de seguimiento y monitoreo a la gestión de los agentes especiales y liquidadores, revisando de forma permanente los avances en su gestión.

En ese sentido, si una empresa se ha intervenido por incumple el régimen, pero ha suscrito planes de mejoramiento o programas de gestión para garantizar la prestación del servicio y ajustarse a las normas a las cuales se encuentra sujeta, es claro que, con ocasión de la intervención, se encuentra adelantando gestiones necesarias que indudablemente deben analizarse con el fin de determinar la razonabilidad de la imposición de una sanción.

En todos los casos, esto es, en la imposición de sanciones a empresas intervenidas como consecuencia de una investigación previa a la toma de posesión, así como en aquéllos donde estando intervenida la empresa, con posterioridad se adelanta una investigación administrativa, para la imposición de una eventual sanción, deberán atenderse los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en función del análisis y valoración de todas y cada una de las circunstancias especiales de cada proceso, puesto que la toma de posesión, como medida extrema, de carácter excepcional, supone la afectación financiera, económica, técnica, jurídica y administrativa de la intervenida y de no tenerlas en cuenta, a la postre, podrían generarse una sanción en abstracto e incluso, afectar la implementación de las soluciones que requiere implementar el Estado en su función de intervención.