



SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

CONCEPTO 63 DE 2020

(febrero 18)

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Ref. Solicitud de concepto¹

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 990 de 2002², la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superservicios es competente para “...absolver las consultas jurídicas externas relativas a los servicios públicos domiciliarios”.

ALCANCE DEL CONCEPTO

Se precisa que la respuesta contenida en este documento corresponde a una interpretación jurídica general de la normativa que conforma el régimen de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual los criterios aquí expuestos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, tal como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011³, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁴.

Se debe señalar que, en consecuencia, la Superintendencia emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, mas no en relación con una situación en particular, De ahí que los pronunciamientos que se profieren son de carácter normativo y conceptual.

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

CONSULTA

A continuación, se transcribe la consulta elevada:

“Si hipotéticamente una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de carácter oficial creada en 2018 en virtud de la asociación de varios municipios pretenda escoger un Socio Operador, debe aplicar las normas de

derecho privado en virtud de la regla general prevista en el artículo 31 de la Ley 142/94 o supeditar esa contratación a la Ley 80/93, bajo el presupuesto que la mencionada ESP no presta ni ha prestado servicios públicos y tal actividad materialmente no corresponde a una que esté relacionada con la prestación de los servicios públicos esenciales de Acueducto y Alcantarillado?”

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley 142 de 1994⁽⁶⁾

CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a la consulta es necesario abordar los siguientes ejes temáticos: (i) Prestación directa e indirecta de los servicios públicos domiciliarios por parte del municipio y (ii) Régimen aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos oficiales.

i. Prestación directa e indirecta de los servicios públicos domiciliarios por parte del municipio.

A partir de la Constitución de 1991, los servicios públicos pueden ser prestados por cualquier agente, ya sea el Estado, los particulares o las comunidades organizadas. Entonces, como regla general, existe un principio de libertad de entrada para la prestación de los servicios públicos, el cual es desarrollado por el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, así: “[l]as empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta ley, según la naturaleza de sus actividades.”

Ahora bien, constitucional y legalmente, existen una serie de excepciones en relación con la regla de libertad de entrada. Así, por ejemplo, la Constitución Política señala, en el inciso segundo de su artículo 367, lo siguiente:

“Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.” (negrillas fuera de texto).

Así las cosas, la prestación directa de servicios públicos por parte de los municipios se constituye en excepción frente a la libertad de entrada y, como consecuencia, los municipios pueden prestar directamente los servicios públicos domiciliarios cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales así lo permitan y aconsejen.

De igual forma, en materia de prestación directa de servicios públicos domiciliarios por parte de entes municipales, la Ley 142 de 1994 replica en su artículo 6 lo señalado en el artículo 367 constitucional, a la vez que delimita el alcance de dicha norma, como se pasará a ver a continuación:

“Artículo 6. Prestación directa de servicios por parte de los municipios. Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos:

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con el artículo 336 de la Constitución Política, la autorización para que un municipio preste los servicios públicos en forma directa no se utilizará, en caso alguno, para constituir un monopolio de derecho.”

El artículo transcrito, señala un procedimiento para que el municipio pueda prestar de manera directa los servicios públicos domiciliarios que se requieran, teniendo en cuenta la restricción señalada en el artículo 367 constitucional. Agotado el anterior procedimiento, el municipio podrá entrar a prestar directamente los servicios públicos domiciliarios a su cargo, sin que dicha prestación directa pueda considerarse una vulneración del principio de libertad de entrada a que se refiere el artículo 365 constitucional.

Una vez el municipio se ha constituido como prestador directo, éste podrá decidir (i) si presta el servicio de forma directa a través de su administración central, (ii) si continua en la búsqueda de un socio público o privado con el cual asociarse, (iii) **si constituye una empresa oficial descentralizada que se encargue de la prestación de los servicios públicos domiciliarios (prestación indirecta)**, o (iv) si busca un operador especializado que se encargue de la prestación por virtud de un contrato, a través del procedimiento establecido en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

ii. Régimen aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios oficiales.

El artículo 15 de la Ley 142 de 1994, señala qué personas se encuentran facultadas por la Ley para convertirse en prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Entre las diferentes entidades autorizadas se encuentran las “*empresa de servicios públicos*”. Estas empresas se clasificarían, según su composición accionaria, así:

“Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.5. Empresas de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100 % de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. Empresas de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.”

En relación con el régimen aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos de carácter oficial, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispone lo siguiente:

“Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

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

Por su parte el artículo 32 ibídem establece lo siguiente:

“Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.”

Así las cosas, en respuesta a la consulta, si el municipio optó por constituir una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios para la prestación del servicio, esta empresa será la responsable de la prestación efectiva. Los contratos que dicha empresa celebre para la operación se regirán por el derecho privado, de acuerdo con lo establecido en los citados artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994.

No obstante, es importante mencionar que quien tendrá la calidad de prestador de servicios públicos domiciliarios, independientemente de que suscriba contratos con terceros para la operación, será la empresa de servicios públicos oficial constituida por el municipio.

CONCLUSIONES

Los municipios podrán prestar de manera directa o indirecta (a través de la constitución de una empresa de servicios públicos domiciliarios), siempre que se surta el procedimiento establecido en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994.

Cuando el municipio presta indirectamente los servicios públicos domiciliarios, a través de la constitución de una empresa de servicios públicos oficial, esta será la titular de la prestación de dichos servicios y los actos y contratos que celebre se regirán por el derecho privado, según el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la dirección electrónica <https://www.superservicios.gov.co/?q=normativa> donde encontrará la normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,

ANA KARINA MÉNDEZ FERNÁNDEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>

1. Radicado No. 20205290016152

TEMA: PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS POR EL MUNICIPIO. ACTOS Y CONTRATOS DE LOS PRESTADORES.

Subtemas: Prestación indirecta a través de empresas de servicios públicos oficial.

2. “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”.

3. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

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

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.