



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20191330309381

Fecha: 09/05/2019

GJ-F-001 V.3

Página 1 de 8

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2019-287

Ref. Su solicitud de Concepto¹

COMPETENCIA Y ALCANCE DEL CONCEPTO

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

En desarrollo de tal función, la respuesta se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011³, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015⁴, es decir, que la respuesta corresponde a una interpretación jurídica de la normativa que conforma el Régimen de los servicios públicos domiciliarios, y que realiza esta oficina como área encargada de absolver las consultas jurídicas externas, dentro del marco de competencia de la entidad y de manera general respecto del tema jurídico planteado, razón por la cual, los criterios contenidos en los conceptos no son vinculantes ni de obligatorio cumplimiento.

De igual manera, teniendo en cuenta lo previsto en el párrafo 1º del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, esta Superintendencia no puede exigir, que los actos o contratos de un prestador de servicios públicos domiciliarios, se sometan

¹ Radicados 20195290384552- 20195290397282

Tema: INFRAESTRUCTURA MUNICIPAL

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.

a aprobación previa suya, ya que de hacerlo incurriría en una extralimitación de funciones, así como en la realización de actos de coadministración a sus vigiladas.

RESUMEN

Los contratos celebrados entre entes territoriales y prestadores de servicios públicos domiciliarios (de cualquier orden y sin excepción), con el objeto de que estos últimos asuman la prestación de un servicio público domiciliario, deben regirse para todos los efectos por el Estatuto General de la Contratación Pública. En ese contexto, si un prestador requiere de infraestructura municipal para adelantar sus actividades, deberá esperar a que el municipio organice la respectiva licitación pública, en la que pueda participar en igualdad de condiciones con otros prestadores interesados, en total igualdad de condiciones.

CONSULTA

Hemos recibido su comunicación de la referencia, en la que frente a un caso particular, se solicita dar respuesta a las siguientes inquietudes:

“Teniendo claridad que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, impone la obligatoriedad de aplicar el artículo 6 de la ley 142 de 1994 o ley de servicios públicos en cuanto a la invitación pública a otras empresas de servicios públicos, para la designación de un ente operador y administrador del sistema, con el fin de otorgar un servicio ininterrumpido y continuo que nos garantice la prestación efectiva y eficiente del servicio, es posible entregar la operación transitoria o temporal del sistema de acueducto en cuestión a la Empresa Oficial de Servicios Públicos de (...), mientras el municipio de (...) adelanta el proceso licitatorio para la operación del sistema de acueducto de (...).

De ser afirmativa la anterior respuesta, esta operación se haría bajo qué modalidad jurídica de contratación ¿Convenio o contrato interadministrativo?

De no ser posible esta operación transitoria mediante contrato o convenio interadministrativo por parte de la empresa de servicios públicos (...) qué opciones legales se podrían implementar al respecto?”

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Constitución Política
Ley 142 de 1994
Ley 1437 de 2011
Resolución CRA 151 de 2001
Resolución CRA 781 de 2016
Concepto SSPD – OJ 2016 – 015

CONSIDERACIONES

Dado que sus inquietudes se refieren a un asunto particular, previo a resolverlas de forma general, haremos referencia al alcance de la función consultiva de la Oficina Asesora Jurídica de esta Superintendencia, de forma que quede claro que las respuestas que aquí se darán se

son de carácter general y abstracto y no referidas al caso que usted pone en nuestro conocimiento.

1. Alcance de la función consultiva a cargo de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia

De forma previa a atender de forma general su inquietud, y tal como lo señaló esta Oficina en Concepto SSPD – OJ 2016 – 015, respecto del alcance de los Conceptos de esta Superintendencia, debe tenerse en cuenta el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, que al regular el derecho de efectuar consultas señala lo siguiente:

“Artículo 28. Alcance de los Conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”

Se deriva de la norma citada que la función consultiva a cargo de entidades públicas como esta Superintendencia, no pretende resolver situaciones concretas como la que usted busca que resolvamos, sino que procura brindar orientación, comunicación e información general, acerca de la manera cómo actúa la administración en la generalidad de los casos.

Es por ello, que los conceptos no son actos administrativos de contenido particular o general, en tanto no definen situaciones concretas derivadas del ejercicio de derechos subjetivos, ni tampoco reglamentan o ejecutan la ley, con los requisitos formales correspondientes, como por ejemplo, lo hacen los Decretos y las Resoluciones.

Su finalidad es entonces la de orientar, ilustrar, informar a los particulares sobre la forma de actuar de la administración para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones, tal como de forma acertada lo ha señalado el Consejo de Estado⁵, así:

“(…) Siguese de ello que dicho concepto (se refiere a los conceptos de la Oficina Asesora Jurídica de la SSPD) no constituye acto administrativo, y menos de carácter normativo que lo haga susceptible de la presente acción de nulidad, pues mediante el mismo no se establece ninguna disposición o regla que produzca efectos jurídicos, de allí que no es oponible ni vincula a los particulares como tampoco a autoridad alguna.

Como todo concepto jurídico no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para la consultante, sobre las cuestiones planteadas por ella.

De allí que las autoridades a quienes les corresponda aplicar las normas objeto de dicho concepto no están sometidas a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que el apartarse del mismo genere consecuencia alguna en su contra...”

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil diez (2010) Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00050-01.

Si esa opinión, juicio o apreciación dada en un concepto jurídico, es o no acertada jurídicamente, no es algo que sea susceptible de examinar por esta Jurisdicción de manera separada y directa. Lo que esta Jurisdicción puede examinar y controlar en cuanto a su legalidad, son las decisiones o actos que definan situaciones jurídicas, generales o particulares, que se llegaren a dar tomando como fundamento un concepto jurídico de esa naturaleza, en tanto elemento o criterio de interpretación de las normas aplicadas al caso (...)

De acuerdo con lo expuesto, queremos reiterarle que ni este concepto, ni ningún otro emitido por esta Oficina, puede resolver la situación que usted plantea, en tanto los conceptos jurídicos no son la herramienta dispuesta por el legislador para ello, y porque pronunciarse sobre un aspecto que posteriormente se sujetará a nuestra vigilancia, podría comprometer nuestra independencia.

Dicho lo anterior, a continuación nos referiremos a los mecanismos a través de los cuales procede la entrega de infraestructura municipal afecta a los servicios públicos domiciliarios, de modo que sea su municipio, y no esta Superintendencia, quien pueda tomar las decisiones que correspondan sobre tal materia.

2. Entrega de infraestructura municipal afecta a la prestación de servicios públicos domiciliarios

En relación con sus inquietudes, y previo a dar respuesta a las mismas, debemos señalar que, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, los servicios públicos domiciliarios pueden ser prestados por cualquier agente, ya sea el Estado, los particulares o las comunidades organizadas, sin que para ello se requiera de un contrato entre el Estado y el respectivo prestador, en la medida que el constituyente previó que la participación en la prestación de los servicios, se basará en los principios del libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, objetivos que, además, están en consonancia con lo dispuesto en el artículo 333 superior, lo que busca asegurar la libre competencia económica de todos los intervinientes en la prestación de los citados servicios.

Existe, entonces, como regla general, 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, según el cual *"Las 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."*

En ese sentido, un prestador de servicios públicos domiciliarios, sin importar su naturaleza, puede prestar los servicios públicos propios de su objeto social, en cualquier lugar del territorio nacional e inscribirse en el RUPS de prestadores, sin que para ello requiera de un contrato con un Municipio, un Departamento o la Nación, que lo habilite para operar.

No obstante la anterior regla general, se presentan tres situaciones en las que un prestador podría requerir de un contrato con un municipio para poder prestar los servicios públicos

domiciliarios, contrato que, de acuerdo con su segunda pregunta, requeriría de una licitación pública.

El primero de estos casos es el de las áreas de servicio exclusivo – ASE, a que se refiere el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, así:

“Artículo 40. Áreas de Servicio exclusivo. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales componentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

Parágrafo 1o. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.”

En dichas áreas, y previa una decisión de autoridad tomada por la Comisión Reguladora respectiva, se hace posible cerrar el mercado a la competencia, previo el adelantamiento de un proceso competitivo contractual por el mercado.

En dicho caso, y con el objetivo de lograr metas de cobertura y calidad, se hace posible restringir la competencia, pero dado que dicha restricción afecta un derecho constitucional y legal para los prestadores, el proceso de constitución del ASE deberá estar precedido de la verificación de los requisitos para su creación por parte de la Comisión de Regulación que corresponda al servicio a concesionar, y del adelantamiento de un proceso de invitación pública en donde todos los interesados en prestar el servicio en la zona geográfica respectiva, tengan igual oportunidad de participar.

Una vez verificada la existencia de motivos para constituir un área de servicio exclusivo, y adelantado el proceso de licitación respectivo, quien quiera prestar el servicio en la zona, tendrá que acreditar que fue el ganador del proceso y, por ende, el suscriptor del respectivo contrato con el ente municipal o distrital competente. En este caso, ningún otro prestador, durante el término de vigencia del ASE, podrá prestar el mismo servicio concesionado en competencia.

La segunda situación a que nos referimos se presenta cuando un prestador de servicios públicos requiere infraestructura municipal para desarrollar sus labores, entendiendo por esta la que ha sido adquirida con recursos municipales, o que habiéndose construido con recursos de terceros ha sido cedida a un ente territorial. En dicho caso, el prestador podrá acceder a ésta a través de distintas modalidades contractuales (contratos de operación especializada, contratos de aporte bajo condición, contratos de administración delegada, etc.), los cuales se consideran

contratos especiales, a la luz de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, que dice lo siguiente:

“Artículo 39. Contratos Especiales. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

(...) 39.3. Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban. (...)”

Dichos contratos, en todo caso, deben celebrarse previo el trámite de un proceso de selección objetiva, adelantado de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, el cual es del siguiente tenor literal:

“(...) 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.”

De acuerdo con la norma citada, que no distingue modalidades transitorias, los contratos celebrados entre entes territoriales y prestadores de servicios públicos domiciliarios (de cualquier orden y sin excepción), deben regirse para todos los efectos por el Estatuto General de la Contratación Pública. En ese contexto, si un prestador requiere de infraestructura municipal para adelantar sus actividades, deberá esperar a que el municipio organice la respectiva licitación pública, en la que pueda participar en igualdad de condiciones con otros prestadores interesados, en total igualdad de condiciones.

En línea con lo expuesto, conviene tener en cuenta lo señalado en el artículo 1.3.5.3 de la Resolución CRA 151 de 2001, en el que se establecen los contratos de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, en los cuales debe estimularse concurrencia de oferentes. Dicho artículo, indica que dichos contratos son los siguientes:

- a. Los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo para la administración profesional de acciones, a los que se refiere el numeral 2 del Artículo 39 de la Ley 142 de 1994.
- b. Los que celebren las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo con quienes sean sus competidoras.
- c. Los que celebre una persona prestadora de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo que tiene posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad

consiste en distribuir bienes provistos por terceros, con un tercero en cuyo capital tenga una participación superior al veinticinco por ciento (25%).

d. Todos los que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo para plazos superiores a cinco años.

e. (Literal modificado por el artículo 2 de la Resolución 242 de 2003). Los que celebren las entidades territoriales y/o las empresas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo, con el objeto de (i) asociarse con otras personas para la creación o transformación de personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo, (ii) con el fin de que la empresa constituida o transformada asuma total o parcialmente la prestación del servicio respectivo y/o administre los bienes destinados de forma directa y exclusiva a la prestación del mismo y/o los ingresos recaudados vía tarifas; y/o (iii) los que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo con el objeto de transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes destinados de forma directa y exclusiva a prestar los servicios públicos, concesiones o similares y puedan cobrar tarifas a los usuarios finales, así como (iv) los que tengan por objeto transferir, a cualquier título, la administración de los bienes destinados a la prestación del servicio y/o de los ingresos recaudados vía tarifas.

Como puede verse, y de conformidad con el literal e) del citado artículo 1.3.5.3 de la Resolución CRA 151 de 2001, los contratos que celebren los municipios para entregar infraestructura municipal a los prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, a cualquier título y por cualquier tiempo, deben estar precedidos de procedimientos que garanticen la libre concurrencia de oferentes, de manera tal que se garantice que la infraestructura entregada será mantenida, operada y utilizada de la manera que mejor garantice la prestación de los citados servicios.

En este caso, sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en un Área de Servicio Exclusivo, no se cierra la competencia, por lo que perfectamente pueden ingresar nuevos prestadores que, a diferencia de aquel que obtuvo la concesión de la infraestructura municipal o distrital, no requerirán de contrato alguno para desarrollar su actividad.

Por último, un municipio prestador directo, una empresa industrial y comercial del estado o una empresa de servicios públicos oficial, estarán obligados a entregar la prestación de los servicios a su cargo a un tercero, previo adelantamiento de un proceso licitatorio, cuando quiera que se incumplan los indicadores de eficiencia y demás criterios a que se refiere la Resolución CRA 781 de 2016, evento en el cual debe decirse, tampoco se limita la competencia de otros agentes prestadores, distintos a aquel que sea adjudicatario de la respectiva licitación.

Conforme con lo expuesto, un municipio o distrito sólo estará obligado a entregar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo en las siguientes tres situaciones:

SITUACIÓN	COMPETENCIA
Constitución de un Área de Servicio Exclusivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y en la Resolución CRA 824	Restringe la competencia. El adjudicatario de la licitación se hace al mercado geográfico de forma exclusiva.

de 2017	
Entrega de bienes afectos a la prestación del servicio, conforme a lo dispuesto en el párrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y la Resolución CRA 151 de 2001	No restringe la competencia. El adjudicatario de la licitación puede o no competir con terceros.
Incumplimiento por parte del prestador oficial de los indicadores de eficiencia y criterios a que hace referencia la Resolución CRA 781 de 2016	No restringe la competencia. El adjudicatario de la licitación puede o no competir con terceros.

Por fuera de tales circunstancias, y en presencia de prestadores oficiales, mixtos o privados, no se requerirá la celebración de contrato de operación alguno, ni mucho menos del adelantamiento de un proceso licitatorio que, en tal evento, carecería de objeto.

Igualmente, si el municipio cuenta con infraestructura de su propiedad afecta a la prestación de un servicio público, la misma podría ser aportada bajo condición a un prestador establecido, siempre que se cumpla en tal caso con la previsión que para el efecto establece el numeral 9º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, así:

"Las Entidades públicas podrán aportar bienes o derechos a las empresas de servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios y que en el presupuesto de la entidad que autorice el aporte figure este valor. Las Comisiones de Regulación establecerán los mecanismos necesarios para garantizar la reposición y mantenimiento de estos bienes.

Lo dispuesto en el presente artículo no es aplicable cuando se realice enajenación o capitalización de dichos bienes o derechos"

En tales casos, aportados los bienes por el término que se establezca en el respectivo contrato, el respectivo prestador podrá administrarlos, operarlos y mantenerlos, pero al conservar el municipio su propiedad, no podrá remunerar su inversión en la tarifa que se cobre a los usuarios.

De igual forma, y tal como lo deja entrever el inciso 2º del numeral antes transcrito, el municipio podría capitalizar sus aportes en una sociedad existente, caso en el cual pasaría a ser socio de la misma, y ésta podría ingresarlos a su patrimonio por ser en tal caso de su propiedad.

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 <http://basedoc.superservicios.gov.co/ark-legal/SSPD/index>, donde encontrará la normatividad, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente



GUSTAVO ALFREDO PERALTA FIGUEREDO
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

Proyectó: Andrés David Ospina Riaño – Abogado Grupo de Conceptos
Revisó: Olga Emilia De La Hoz – Coordinadora del Grupo de Conceptos