



SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

CONCEPTO 542 DE 2019

(septiembre 23)

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Ref. Su solicitud de Concepto^[1]

COMPETENCIA Y ALCANCE DEL CONCEPTO

De conformidad con lo establecido en el numeral segundo del artículo 11 del Decreto 990 de 2002^[2], 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 2011^[3], sustituido por el artículo primero de la Ley 1755 de 2015^[4], 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 parágrafo primero 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 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

El incumplimiento de una orden contenida en una Resolución que se expide en el marco de la ejecución de un contrato estatal, puede generar dos tipos de consecuencias: en primer lugar, las contractuales a que se refiere el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y, en segundo lugar, las referidas a la renuencia en el cumplimiento de una obligación contenida en un acto administrativo y que se establecen en la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

CONSULTA

Se solicita a esta Oficina en el escrito de consulta, dar respuesta a la siguiente inquietud:

“Amablemente solicito información sobre las consecuencias o implicaciones que tiene para un operador prestador de servicios públicos el incumplimiento de una orden impartida mediante resolución, en la cual se ordenó a ese operador constituir encargo fiduciario y hacer el respectivo depósito de recursos. Si ese operador incumple cabalmente con su obligación de depositar los recursos en la cuenta correspondiente al encargo fiduciario, ¿Qué consecuencias legales, contractuales y administrativas tiene para el operador?”

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley 80 de 1993^[5]

Ley 142 de 1994^[6]

Ley 1150 de 2007^[7]

Ley 1437 de 2011^[8]

CONSIDERACIONES

En relación con la pregunta, queremos llamar la atención en el hecho que ésta no identifica el contexto en el que se da la orden al prestador, el vínculo entre aquel y la autoridad que emite la decisión administrativa, o la autoridad que la emite, aspectos todos que son de importancia para determinar las consecuencias de la mora en el cumplimiento de una obligación establecida a través de una Resolución.

No obstante, bajo el entendido que la orden contenida en la Resolución a que se refiere la consulta se da en el marco de la ejecución de un contrato, dado que se pregunta por las consecuencias contractuales, y presumiendo que sea estatal, toda vez que la obligación que se incumple está contenida en un acto administrativo particular adoptado bajo la forma de Resolución, debemos indicar que en una situación como esta se pueden presentar dos tipos de consecuencias: en primer lugar, las contractuales, y en segundo lugar, las referidas a la renuencia en el cumplimiento de una obligación contenida en un acto administrativo.

En el primero de los eventos, y partiendo de la base de que el contrato celebrado se rige por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, la consecuencia del incumplimiento, dependiendo su naturaleza y gravedad, puede llevar a sanciones que van desde la simple imposición de multas de apremio que conminen al contratista incumplido a superar la mora en que se encuentre, pasando por la declaratoria de incumplimiento y el cobro de las cláusulas penales que se hayan pactado, hasta llegar a la declaratoria de caducidad del contrato, con las gravosas consecuencias que de ello se derivan y la efectividad de las garantías que se hayan pactado.

Respecto de lo anterior, los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 18 de la Ley 80 de 1993, establecen lo siguiente:

- Ley 1150 de 2007

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un

procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se **entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas**" (Subraya y negrilla fuera de texto original)

- Ley 80 de 1993

"ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento"

A su vez la Ley 1474 de 2011 en su artículo 86, en cuanto a la imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento en los contratos de las entidades que se encuentren sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública señala:

"ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

(...)"

En igual sentido, es preciso atender lo señalado en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, referente al régimen de actos y contratos aplicables a las empresas de servicios públicos, los cuales establecen que las entidades estatales que presten servicios públicos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación, salvo en lo que esta ley disponga en contrario. De esta forma, el régimen de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos se regirán por el Derecho Privado como regla, existiendo algunas excepciones que serán establecidas de forma expresa por la norma. Los artículos en comento señalan:

“ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> 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.”

“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.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce

<Aparte entre paréntesis cuadrados [...] suprimido mediante FE DE ERRATAS. El texto corregido es el siguiente:> Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas [y] todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares.”

Conforme a las normas expuestas y de ser un contrato que se rija por el derecho privado, las consecuencias contractuales corresponderán a lo pactado en el contrato de conformidad a la autonomía de las partes y a lo establecido en el derecho privado.

De otra parte, y en cuanto a las sanciones que puede imponer la administración, ante la renuencia de un particular en el cumplimiento de una orden contenida en un acto administrativo particular, debe recordarse que conforme a lo dispuesto en el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que su incumplimiento puede llevar a la imposición de sanciones. Frente a lo expuesto, habrá que remitirse a lo dispuesto en el artículo 90 del (CPACA), que sobre el particular dispone:

“ARTÍCULO 90. EJECUCIÓN EN CASO DE RENUENCIA. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, cuando un acto administrativo imponga una obligación no dineraria a un particular y este se resistiere a

cumplirla, la autoridad que expidió el acto le impondrá multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía, concediéndole plazos razonables para que cumpla lo ordenado. Las multas podrán oscilar entre uno (1) y quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes y serán impuestas con criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

La administración podrá realizar directamente o contratar la ejecución material de los actos que corresponden al particular renuente, caso en el cual se le imputarán los gastos en que aquella incurra.”

No obstante, es preciso mencionar que, si el incumplimiento de la orden se da en el marco de un contrato, en atención al debido proceso, deberá acudirse a éste y a la Ley que lo rige, a efectos de determinar los procedimientos y sanciones aplicables a su incumplimiento. En todo caso, tales circunstancias deberán ser evaluadas por la entidad acreedora de la obligación y no por esta Superintendencia.

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 normatividad, 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 20195290857242

TEMA: FUERZA EJECUTORIA ACTOS ADMINISTRATIVOS – MULTAS SUCESIVAS

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 expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública”

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

7. “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos Públicos”

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

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