



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20171330138361

Fecha: 08/03/2017

CJ-F-001 V.1

Página 1 de 6

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2017-150

Ref. Su solicitud de Concepto¹

Manifiesta el solicitante en la consulta, que una Administración Pública Cooperativa (APCES ESP), firmó un contrato de operación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, con la alcaldía municipal de San Martín por un plazo de 5 años, el cual si bien terminaba el 30 de agosto de 2010, continua ejecutándose hasta la fecha. Con fundamento en ello, se solicita concepto jurídico con respecto a las siguientes inquietudes:

"...si es estrictamente necesario iniciar un nuevo proceso de licitación para escoger un nuevo operador, o si por el contrario es posible que se suscriba un nuevo contrato de operaciones que pueda dar continuidad a la prestación de los servicios públicos que actualmente está a cargo de APCES ESP en el Municipio de San Martín Cesar".

Antes de cualquier pronunciamiento sobre su solicitud, es preciso señalar que el presente documento se enuncia con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, toda vez que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en respuesta a una petición en la modalidad de consulta, constituyen orientaciones y puntos de vista que no comprometen o responsabilizan a la Entidad, pues no tienen carácter obligatorio, ni vinculante.

De acuerdo con lo anterior, las respuestas dadas a las consultas elevadas ante esta Oficina Asesora Jurídica, se presentan de manera general respecto del problema jurídico planteado, en el marco de sus competencias y sin posibilidad de resolver conflictos de orden particular.



1

Radicado 20175290048612-20175290051942.

Tema: **CONTRATO DE OPERACIÓN DEL SERVICIO.** Subtemas: Licitación pública. Concurrencia de oferentes.



Sede principal. Carrera 18 nro. 84-35, Bogotá D.C. Código postal: 110221
PBX (1) 691 3005. Fax (1) 691 3059 - sspd@superservicios.gov.co
Línea de atención (1) 691 3006 Bogotá. Línea gratuita nacional 01 8000 91 03 05
NIT: 800.250.984.6

www.superservicios.gov.co - sspd@superservicios.gov.co

Por otra parte, el párrafo primero² del artículo 79 de la Ley 142 de 1994³, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001⁴, indica con claridad que esta Superintendencia no puede exigir que los actos o contratos de las empresas de servicios públicos se sometan a su previa aprobación, ya que el ámbito de su competencia en relación con estos, se contrae de manera exclusiva a vigilar y controlar el cumplimiento de aquellos que se celebren entre las empresas y los usuarios, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994). Obrar en sentido contrario, podría conllevar una extralimitación de funciones, así como la realización de actos de coadministración de los prestadores vigilados.

Tomando en consideración las anteriores precisiones, responderemos de forma general su consulta, de la siguiente forma:

De conformidad con lo señalado en el Régimen básico de los servicios públicos domiciliarios, la regla general en materia de contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, es que aplica el régimen de derecho privado, ya que así lo señala de forma expresa el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, disposición que señala como excepción a esta regla, "...salvo que la constitución política o la Ley dispongan otra cosa", y agrega que la regla precedente se aplicará inclusive a las sociedades en que las entidades oficiales son aportantes, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o derecho que se ejerza.

De igual forma, el artículo 31 de la citada ley señala, que como excepciones al régimen de derecho privado de los actos y contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, se encuentran las cláusulas exorbitantes, reguladas en la Ley 80 de 1993, e igualmente indica que serán las comisiones de regulación, los únicos organismos que gozan de la facultad legal para imponer forzosamente estas cláusulas o para autorizarlas, previa solicitud de la entidad prestadora de servicios públicos.

Por su parte, el párrafo de esta última disposición señala lo siguiente:

"...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". (Negrilla fuera del texto)

² "PARÁGRAFO PRIMERO: En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya. El Superintendente podrá, pero no está obligado, visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite".

³ "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".

⁴ "Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994".

La norma citada es mandatoria en cuanto a que los contratos celebrados entre los entes territoriales y los prestadores de servicios públicos domiciliarios, con el objeto de que estos últimos asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otro que entre en causal de disolución o liquidación, deben regirse para todos los efectos por el Estatuto General de la Contratación Pública. En este mismo sentido, deberán surtirse todas las modificaciones, adiciones o prórrogas de estos contratos, es decir, atendiendo las previsiones legales y contractuales establecidas para el efecto.

Es por ello, que si terminado un contrato de operación, un municipio quiere entregar nuevamente su infraestructura de prestación a un prestador de cualquier naturaleza, deberá adelantar un proceso licitatorio en los términos de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, de manera que se garantice tanto la igualdad de oportunidades para los prestadores interesados en el objeto de la contratación, como la elección de la mejor propuesta en relación con la prestación de los servicios y la conservación de los activos afectos a ellos.

En relación con lo que aquí se ha indicado, esta Oficina Asesora Jurídica ha emitido diversos pronunciamientos, entre ellos el contenido en el Concepto SSPD-OJU-2016-127, en el cual se indicó lo siguiente:

"Ahora bien, en cuanto se refiere a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA, en desarrollo del inciso segundo del artículo 31 referido, expidió la Resolución CRA 293 de 2004⁵, en la cual señaló de forma expresa, cuáles contratos deben incluir de forma obligatoria, las cláusulas excepcionales a que alude la ley 80 de 1993, sin necesidad de ser pactadas expresamente:

"Artículo 1º. El artículo 1.3.3.1 de la Resolución CRA 151 quedará así: **"Artículo 1.3.3.1 Contratos en los cuales deben pactarse cláusulas excepcionales.** Todas las personas prestadoras de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico o de las actividades complementarias de los mismos a que se refiere esta resolución, deberán pactar las cláusulas exorbitantes o excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes contratos:

(...)

c) En los contratos en los que se entregue total o parcialmente la operación y/o gestión de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado o aseo, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda llevar a una falla en la prestación del servicio por el incumplimiento en la continuidad y/o calidad debidas..." (Negrilla fuera del texto)

Adicional a lo anterior, la Resolución CRA 151 de 2001, contiene una relación expresa de los contratos que deben ser celebrados bajo las previsiones consagradas en la Ley 80 de

⁵ "Por la cual se establecen disposiciones para la inclusión de cláusulas exorbitantes o exorbitantes en los contratos de las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo".

1993 y de aquellos que deben celebrarse por procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes. Veamos el contenido de las disposiciones regulatorias pertinentes:

"Artículo 1.3.2.2 Contratos que deben celebrarse por medio de Licitación Pública. (Modificado por el artículo 1° de la Res. CRA-242 de 2003). Sólo se someten al procedimiento de licitación previsto en la Ley 80 de 1993, aquellos contratos que celebren las entidades territoriales que incluyan cláusulas por medio de las cuales se crea un área de servicio exclusivo, o los que tengan por objeto modificar algunas de las cláusulas de los contratos que hayan creado tales áreas, en el sentido de modificar el concesionario, las tarifas, el área, su tamaño, el programa de inversiones o el término de duración de la misma..."

"Artículo 1.3.5.2 Contratos sometidos a procedimientos que estimulan la concurrencia de oferentes. De conformidad con lo establecido en la Ley 142 de 1994, las entidades territoriales y las personas prestadoras de servicios y actividades a que se refiere la presente resolución, **deben someterse a procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes en los siguientes casos: (...)**

c) Los contratos en los cuales las entidades oficiales transfieren la propiedad o el uso y goce de los bienes que destinan especialmente a prestar los servicios públicos, concesiones, arrendamiento o similares, en virtud de los cuales se transfiere la posibilidad para que el contratista preste total o parcialmente el servicio a usuarios finales a los que puede cobrar tarifas. En este caso el procedimiento de selección de la persona prestadora es el previsto en el artículo siguiente..."

Artículo 1.3.5.3 Contratos que deben celebrarse por medio de procedimientos regulados que estimulan la concurrencia de oferentes. Se someterán a los procedimientos regulados de que trata esta resolución, para estimular la concurrencia de oferentes: (...)

e. (Modificado por el art. 2, Resolución CRA 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 asociarse con otras personas para la creación o transformación de personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo, 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 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 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...” (Negritas fuera del texto)

De acuerdo con lo señalado, es claro que cuando se presenta alguna de las situaciones mencionadas, las cuales constituyen excepciones a la regla general que se aplica en materia contractual para los prestadores, la celebración de estos contratos debe estar precedida de las formalidades que para el efecto consagran, tanto las normas de contratación administrativa, como las normas regulatorias aludidas, para lo cual se deben adelantar los procedimientos pertinentes, ya que la nueva empresa que se conforma o que va a realizar la operación del servicio, constituye un actor más en el mercado de los servicios públicos domiciliarios, pues se trata de actividades comerciales que se encuentran en libre competencia.

Ahora bien, en cuanto a la inquietud de si es necesario adelantar el proceso de licitación, cuando existe una empresa conformada previamente por el municipio y cuyo objeto se lo permite, que manifiesta interés de prestar estos servicios, o si por el contrario es posible celebrar el contrato de operación de los mismos de manera directa, es preciso indicar que el artículo 1.3.5.4 consagra las excepciones a la obligación de utilizar estos mecanismos. Veamos:

Artículo 1.3.5.4 Excepciones al deber de usar licitación pública o procedimientos regulados que estimulen la concurrencia de oferentes. *No será obligatorio utilizar licitación pública o los otros procedimientos regulados en los siguientes casos:*

a) Por razón de la cuantía. *Cuando el valor de los contratos en relación con los presupuestos anuales de las entidades contratantes, o su más reciente cifra anual de ventas, expresados en salarios mínimos legales mensuales, se encuentre dentro de las cifras determinadas como de menor cuantía en la Ley 80 de 1993;*

b) Por razón del objeto de los contratos. *Para celebrar los contratos de mutuo, prestación de servicios profesionales, desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, y arrendamiento o adquisición de inmuebles;*

c) Por razón de las circunstancias en las que ha de celebrarse el contrato. *Si hay urgencia manifiesta; pero los contratos en que se invoque esta causal no pueden celebrarse a plazos superiores a seis (6) meses;*

d) Por razón de las condiciones de mercado. *Cuando no se ha recibido ninguna manifestación de interés, ni se sepa de la existencia de una pluralidad de oferentes;*

e) Los contratos que se celebren con recursos provenientes de organismos internacionales *de los cuales haga parte Colombia o los que se celebren en el marco de convenios internacionales.*

f) (Adicionado por el art. 1, Resolución CRA 264 de 2003) *Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 226 de 1995, los contratos de asociación en que una empresa prestadora de los servicios públicos de acueducto y/o alcantarillado, realiza aportes de capital en otra empresa de acueducto y/o alcantarillado, con el objeto de ampliar la cobertura de cualquiera de estos servicios, para que sea posible la realización de proyectos, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 104 de la Ley 788 de 2002 y en sus decretos reglamentarios, siempre que en dichos contratos se estipule como mínimo: (...)*

g) (Adicionado por el art. 1, Resolución CRA 264 de 2003) Los que celebren las entidades territoriales, con otras entidades territoriales con el fin de crear empresas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo, que presten el servicio en sus zonas de influencia".

De conformidad con lo señalado en esta disposición, deberá cada municipio efectuar los análisis pertinentes para efectos de determinar si se encuentran inmersos en alguna de las excepciones consagradas por la norma regulatoria, o si por el contrario, deben surtir el procedimiento de licitación pública o de concurrencia de oferentes, a que aluden las normas previamente referenciadas, caso en el cual será obligatorio atenderlo..."

Con fundamento en los argumentos esbozados es dable concluir, que en los casos señalados de forma expresa en las normas legales y regulatorias referidas, se deberán aplicar los procedimientos consagrados en la ley 80 de 1993, en particular el procedimiento de licitación pública, o el de concurrencia de oferentes a que aluden las normas previamente referenciadas, y en tales casos será obligatorio surtir dichos procedimientos. Así mismo, corresponderá al ente territorial analizar las situaciones particulares, para determinar si las mismas se encuadran en alguna de las excepciones al deber de usar licitación pública o procedimientos regulados que estimulen la concurrencia de oferentes.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la siguiente dirección: www.superservicios.gov.co/basedoc/. Ahí encontrará normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios y en particular los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente


MARINA MONTES ALVAREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Andrés David Ospina Riaño – Asesor Grupo de Conceptos
Revisó: Luis Javier Benavides – Coordinador del Grupo de Conceptos
Revisó: Yolanda Rodríguez Guerrero – Asesora Oficina Asesora Jurídica.