



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20171330459081

Fecha: 16/05/2017

CJ-F-001 V.1

Página 1 de 7

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2017-343

Ref. Su solicitud de Concepto¹

Hemos recibido su solicitud de concepto, en donde solicita responder ¿Cuál sería el procedimiento para que un municipio le entregue sólo el uso y el goce de su infraestructura, a una Administración Pública Cooperativa o a una comunidad organizada?, ¿Es necesario agotar la licitación pública o los procedimientos regulados que estimulen la concurrencia de oferentes para que el municipio le entregue únicamente el uso y el goce de la infraestructura a la comunidad organizada que presta servicios públicos en un municipio menor?, ¿Si aplicarían en este caso, los artículos 1.3.5.3 y 1.3.5.4?, ¿Cuál sería el trámite para verificar las condiciones de mercado, esto es, que no exista ninguna manifestación de interés, ni se sepa de la existencia de pluralidad de oferentes?, ¿Qué parámetros debe tener en cuenta el manual de contratación de una comunidad organizada que presta servicios públicos domiciliarios en un municipio menor?, y ¿Si una comunidad organizada que presta servicios públicos domiciliarios en un municipio menor puede ejercer el cobro coactivo?

Antes de cualquier pronunciamiento sobre su solicitud, es preciso reiterar que los conceptos que emite esta Oficina Asesora Jurídica se formulan con carácter consultivo, lo que quiere decir que constituyen orientaciones y puntos de vista que no comprometen la responsabilidad de la Entidad, ni tienen carácter obligatorio ni vinculante. Dichos conceptos se emiten, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, introducido por sustitución por la Ley 1755 de 30 de Junio de 2015.

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en el párrafo primero² del artículo 79 de la Ley 142 de 1994³, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001⁴ está Superintendencia



¹ Radicado 20175290212802

Tema: CONTRATOS DE OPERACIÓN.

Subtema. Concurrencia de oferentes/Régimen de actos y contratos/Cobro coactivo

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



no puede exigir que los actos o contratos de las empresas de servicios públicos se sometan a su 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 (numeral 2 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994).

Lo contrario podría configurar extralimitación de funciones, así como la realización de actos de coadministración a sus vigiladas.

Hechas las anteriores precisiones, y en relación con sus inquietudes, procederemos a dar respuesta a las cuatro primeras en un solo bloque, y los dos restantes por separado, teniendo en cuenta un criterio de agrupación temática, que nos llevará a estudiar tres temas: (i) la entrega de infraestructura municipal para su operación, (ii) el régimen de contratación de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, y (iii) la facultad de cobro coactivo y los sujetos que pueden ejercerla.

1. Contratos de operación de infraestructura municipal

Un municipio que sea propietario de infraestructura dedicada a la prestación de servicios públicos domiciliarios, puede decidir, válidamente, entregar el uso y operación de la misma y no su propiedad, a un operador especializado. En tales casos, sin embargo, la búsqueda del operador que se encargará de la prestación por virtud de un contrato, deberá tener en cuenta lo ordenado en el párrafo 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. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De acuerdo con el párrafo citado, los contratos celebrados entre entes territoriales y empresas prestadoras 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 el municipio quiere entregar su infraestructura de prestación, deberá organizar la respectiva licitación pública, en la que puedan participar los prestadores de servicios públicos interesados, en igualdad de condiciones.

En este punto, consideramos conveniente recordar lo señalado por esta Oficina Asesora Jurídica en Concepto Unificado SSPD – OJU 2010 – 11, en el que se señala de forma expresa lo siguiente:

Teniendo en cuenta que la infraestructura municipal de prestación de servicios, está llamada a ser el principal activo del que deberá disponer el esquema o empresa

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".

departamental respectiva para cumplir con sus objetivos, es necesario señalar, de manera somera, el mecanismo legal de entrega de dicha infraestructura, en los eventos en que la misma no sea transferida, como aporte, a la empresa departamental creada.

En estos casos, (entrega de la infraestructura para su operación por un tercero) el municipio debe dar aplicación obligatoria a lo establecido en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

De acuerdo a lo dicho, si el municipio pretende dar en concesión unos bienes de su propiedad para que estos sean operados por un tercero, así éste sea una empresa oficial de la que hace parte el municipio, debe dar aplicación al parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, es decir que los contratos que se celebren se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Respecto de lo expuesto, los artículos 1.3.5.2 y 1.3.5.3 de la Resolución CRA 151 de 2001, señalan de manera expresa lo siguiente:

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:

a) Los contratos previstos en los literales a, b, c, d, y e del artículo 1.3.5.3 de la presente resolución, salvo las excepciones previstas en el artículo 1.3.5.4;

(...) 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 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.

En esa medida, y de acuerdo con las normas citadas, se tiene que siempre que un municipio (i) transfiera la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos, (ii) transfiera la posibilidad de que el contratista preste total o parcialmente el servicio a usuarios finales a los que puede cobrar tarifas, y/o (iii) se asocie 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, deberá dar aplicación tanto al parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, como a los procedimientos de concurrencia de oferentes a que se refiere la Resolución CRA 151 de 2001.

Valga la pena anotar, que las únicas excepciones al desarrollo de procesos que estimulen la concurrencia de oferentes, son las indicadas en el artículo 1.3.5.4 de la Resolución CRA 151 de 2001, así:

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.

En relación con la aplicación de tales excepciones, será el municipio quien deberá determinar si se dan los supuestos de hecho que permitan su aplicación. De manera específica, y en lo que tiene que ver con la excepción contenida en el literal d) de la norma antes transcrita, consideramos que la misma sólo puede presentarse cuando habiéndose desarrollado un proceso de licitación, el mismo se declara desierto por falta de propuestas y manifestaciones de

interés, único evento en el cual puede hablarse de la no existencia de una pluralidad de oferentes.

Dicho lo anterior, se responde:

¿Cuál sería el procedimiento para que un municipio le entregue sólo el uso y el goce de su infraestructura, a una Administración Pública Cooperativa o a una comunidad organizada?

El procedimiento para entregar el uso y goce de infraestructura municipal a un prestador de servicios públicos, cualquiera sea la naturaleza de éste, es el indicado en el párrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, y en los artículos 1.3.5.2 y 1.3.5.3 de la Resolución CRA 151 de 2001.

¿Es necesario agotar la licitación pública o los procedimientos regulados que estimulen la concurrencia de oferentes para que el municipio le entregue únicamente el uso y el goce de la infraestructura a la comunidad organizada que presta servicios públicos en un municipio menor?

Es absolutamente necesario dar cumplimiento a los mandatos legales y regulatorios, que exigen la licitación pública como procedimiento que estimula la concurrencia de oferentes, en tratándose de eventos en donde se celebren contratos entre municipios y prestadores de servicios públicos, para que estos últimos asuman la prestación de tales servicios.

Lo anterior, salvo que se presente alguna de las causales exceptivas a que se refiere el artículo 1.3.5.5 de la Resolución CRA 151 de 2001, circunstancia que deberá ser evaluada de forma exclusiva, por el respectivo municipio.

¿Si aplicarían en este caso, los artículos 1.3.5.3 y 1.3.5.4?

Esta pregunta ya se respondió en el punto primero de este acápite.

¿Cuál sería el trámite para verificar las condiciones de mercado, esto es, que no exista ninguna manifestación de interés, ni se sepa de la existencia de pluralidad de oferentes?

En lo que tiene que ver con la excepción contenida en el literal d) del artículo 1.3.5.5 de la Resolución CRA 151 de 2001, consideramos que ésta sólo puede presentarse cuando habiéndose desarrollado un proceso de licitación, el mismo se declara desierto por falta de propuestas y manifestaciones de interés, único evento en el cual puede hablarse de la no existencia de una pluralidad de oferentes.

2. Régimen de contratación de prestadores de servicios públicos domiciliarios

Esta Oficina Asesora Jurídica ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto al régimen contractual de los prestadores de servicios públicos, a través del Concepto Unificado SSPD-OJU-2010-020, en el que indicó que:

"De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 142 de 1994: "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 dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado." y "la regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportantes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o derecho que se ejerce."

De modo que, para el análisis del régimen de actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, debe partirse de una regla general: aplica el "derecho privado". Y sólo deben aplicarse las disposiciones de "derecho público" cuando así lo señale de manera expresa la misma Ley 142 de 1994 o una disposición Constitucional. (...)"

De acuerdo con lo antes señalado se responde:

¿Qué parámetros debe tener en cuenta el manual de contratación de una comunidad organizada que presta servicios públicos domiciliarios en un municipio menor?

Dado que la regla general en materia de contratación de prestadores de servicios públicos domiciliarios, es la aplicación de las normas del derecho privado, la confección de manuales de contratación debe tener en cuenta tal hecho, sin que esta Superintendencia pueda presentar otro tipo de recomendaciones al respecto.

3. Cobro coactivo en materia de servicios públicos domiciliarios

En relación con este punto, esta Oficina se permite indicar que, en materia de servicios públicos domiciliarios, sólo las empresas industriales y comerciales del Estado y los municipios prestadores directos, gozan de la facultad de adelantar el cobro coactivo de las obligaciones existentes a su favor. *En relación con lo dicho, el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, modificado por el Artículo 18 de la Ley 689 de 2001, dispone lo siguiente:*

"(...) Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por la empresas industriales y comerciales del estado prestadoras de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad, prestará mérito ejecutivo de acuerdo a las normas del derecho civil y comercial. (...)" (Subrayas y negrillas fuera de texto)

En relación con la norma citada, la Corte Constitucional, en Sentencia C – 035 de 2003, señaló que la misma " (...) fija unas reglas de competencia que se explican así: las empresas de servicios públicos oficiales, mixtas o privadas sólo pueden cobrar ejecutivamente su cartera morosa a través de la jurisdicción ordinaria. Por contraste, las empresas industriales y comerciales del Estado tienen una alternativa para cobrar su cartera morosa: la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción coactiva, pudiendo a su arbitrio utilizar una u otra vía en la forma que mejor se ajuste a sus necesidades y posibilidades institucionales. Esta doble opción también se predica de los municipios cuando quiera que presten directamente servicios públicos domiciliarios, según voces

de la ley 136 de 1994 en consonancia con el artículo 130 de la ley 142. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, se responde:

¿Si una comunidad organizada que presta servicios públicos domiciliarios en un municipio menor puede ejercer el cobro coactivo?

Una comunidad organizada prestadora de servicios públicos domiciliarios, cualquiera que sea su forma, NO puede desarrollar el cobro coactivo de las facturas impagas de servicios públicos domiciliarios.

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 ÁLVAREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Alvaro Orlando Jiménez Pérez – Abogado Asesor Grupo de Conceptos