**CCE-DES-FM-17**

**SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Liberalización – Operadores**

En la Constitución Política de 1991 se previó un régimen de liberalización de los servicios públicos. En tal contexto, el artículo 365 de la Carta establece que los servicios públicos domiciliarios «podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares», pero que «[e]n todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios». En desarrollo de esta habilitación superior, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 dispone que pueden actuar como operadores de servicios públicos domiciliarios: i) «Las empresas de servicios públicos» –oficiales, mixtas y privadas–, ii) «Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos, iii) «Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley», y iv) «Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas».

**SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen contractual – Derecho privado – Principios aplicables – Función administrativa – Gestión fiscal**

En desarrollo de su libertad de configuración legislativa y en virtud de la naturaleza de la actividad ejercida por los operadores, el Congreso de la República dispuso en la Ley 142 de 1994 que el régimen contractual aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado. En tal sentido, el primer inciso del artículo 31 de dicha Ley prevé que «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» y, de igual modo, el inciso inicial del artículo 32 del mismo cuerpo normativo establece que «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». Lo anterior significa que, salvo los casos especiales en los que la Constitución Política o la Ley establezcan expresamente que los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deban regularse por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y normas complementarias–, la actividad contractual de aquellas se rige por el derecho privado, es decir, por las normas civiles y comerciales, las cuales, en todo caso, deben aplicarse en armonía con su manual o reglamento interno de contratación, así como con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, consagrados, respectivamente, en los artículos 209 y 267 de la Constitución, más el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal, tal como se infiere de la eficacia directa de la norma superior y del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

**CONTRATACIÓN DE SOCIO OPERADOR – Régimen jurídico**

Teniendo en cuenta que de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 se infiere que los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado, y que, por regla general, no se someten entonces al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que dicha ley «disponga otra cosa»; y considerando, por consiguiente, que, en relación con el negocio jurídico concreto que es objeto de consulta la Ley 142 de 1994 no dispuso «otra cosa», se puede concluir que la *contratación de un socio operador* por parte de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su naturaleza –oficial, mixta o privada– debe regirse por el derecho privado, salvo que el reglamento o manual interno de contratación de la respectiva empresa haya dispuesto reglas jurídicos especiales; caso en el cual estas prevalecerán sobre las normas civiles y comerciales comunes. Adicionalmente, en el referido negocio se deberán aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, consagrados, respectivamente, en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal, según lo exige el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Bogotá D.C., **16/03/2020 Hora 14:59:18s**

**N° Radicado: 2202013000001910**

Señor

**Edwin López Fuentes**

Ciudad

**Concepto C ─ 179 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Liberalización – Operadores / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen contractual – Derecho privado / CONTRATACIÓN DE SOCIO OPERADOR – Régimen jurídico |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202012000001382. |

Estimado señor López,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ─ Colombia Compra Eficiente responde su petición del 24 de febrero de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. **Problema planteado**

Usted solicita que se rectifique el Concepto – 027 de 2020, expedido en respuesta a la consulta con radicado No. 4202012000000018[[1]](#footnote-1), del que se aparta porque, en su criterio:

i) El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 exige que las empresas se encuentren efectivamente prestando los servicios públicos domiciliarios, para que se pueda aplicar el Derecho privado a su actividad contractual; es decir que, para que se puedan beneficiar del régimen de excepción deben acreditar el cumplimiento de un criterio material –la prestación de los servicios públicos domiciliarios– y no de un criterio subjetivo –que estén constituidas para prestarlos–.

ii) La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el Concepto – 027 de 2020, hace una interpretación aislada y descontextualizada, que desatiende la voluntad del constituyente y del legislador, así como la jurisprudencia y la doctrina de otros órganos consultivos, como la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Finalmente, usted sugiere que «en virtud del principio de imparcialidad, esta solicitud, sea decidida, por otro funcionario al interior de la CRA o en su defecto, se desplace del conocimiento previo al funcionario sustanciador»; indicación que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considera infundada, por dos razones: i) porque parece obedecer a un error de transcripción en un formato utilizado por el peticionario para otro escrito, dado que la solicitud se envía a esta Agencia y no a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento–CRA– y ii) porque, aún si se entendiera como una sugerencia dirigida a la Subdirección de Gestión Contractual de Colombia Compra Eficiente, no se argumenta la causal de conflicto de interés que pueda minar la imparcialidad de quien proyecta el concepto, ni del funcionario que lo firma.

Conviene recordar que en la consulta con radicado No. 4202012000000018 usted realizó la siguiente pregunta:¿qué régimen jurídico debe aplicar una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios creada en el año 2018, en virtud de la asociación de varios municipios, para contratar a un socio operador, teniendo en cuenta que dicha empresa de servicios públicos domiciliarios «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»? Lo anterior, bajo el entendido de que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 exceptúa de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a las entidades estatales «que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley», es decir que somete sus contratos al régimen de derecho privado solo en consideración a la actividad que desarrollan dichas entidades estatales, consistente en la prestación de servicios públicos domiciliarios, y no en virtud de la naturaleza jurídica que estas adoptan.

1. **Consideraciones**

Para responder su solicitud, esta Subdirección reiterará las ideas expuestas en el Concepto C– 027 de 2020, expedido en respuesta a la consulta con radicado No. 4202012000000018, explicando las razones por las cuales no accede a su petición de rectificación, pues, contrario a lo planteado en su escrito del 24 de febrero de 2020, se considera que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 permite inferir válidamente que la contratación de una empresa de servicios públicos domiciliarios –así materialmente no se encuentra prestando dichos servicios– se rige por el Derecho privado.

Con el objeto de argumentar lo anterior, se expondrá: i) quiénes pueden ser operadores de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, para, ii) precisar cuál es el régimen contractual aplicable a dichos operadores, en vigencia de la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001; iii) luego, se analizará la contratación de un socio operador, con la finalidad de indicar si este tipo de contrato ingresa o no dentro del marco de exclusión del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispuesto por los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, y si, en consecuencia, tal contrato se rige por el derecho privado o por el régimen de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y las demás disposiciones que conforman el régimen de derecho administrativo de la contratación estatal.

**2.1. Operadores autorizados para prestar servicios públicos domiciliarios. Naturaleza jurídica y habilitación normativa**

La Constitución Política de 1991 incorporó un modelo de liberalización para prestar servicios públicos domiciliarios, con arreglo al cual estos pueden ofrecerse en el mercado, en un esquema de libre competencia, directamente por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas[[2]](#footnote-2). En tal sentido, el artículo 365 de la Constitución prevé lo siguiente:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

En desarrollo de esta habilitación superior, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 enuncia las personas autorizadas para prestar los servicios públicos domiciliarios: i) las empresas de servicios públicos, ii) los productores marginales, iii) los municipios, en ciertos casos, iv) las organizaciones autorizadas y v) las entidades descentralizadas que se encontraran prestándolos y cumplan los requisitos establecidos en la ley[[3]](#footnote-3).

Conforme con los artículos 14.5, 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994, una empresa de servicios públicos domiciliarios puede ser: i) oficial –«[…] aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes»–, ii) mixta –«[…] aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%»– y iii) privada –«[…] 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 la consulta que se analiza, el ciudadano informa que la empresa de servicios públicos interesada en contratar a un socio operador es una empresa oficial, derivada de la asociación de municipios, es decir que se trata de una entidad cuyos aportes son 100% públicos. Esta será, entonces, la premisa que se tendrá en cuenta para resolver su interrogante.

**2.2. Régimen contractual aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios: por regla general, un régimen de derecho privado, matizado por principios y reglas del derecho administrativo**

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, establece que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rigen, en su actividad contractual, por el derecho privado, salvo en los casos expresados en los que la Ley 142 de 1994 establezca que deben aplicar las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[4]](#footnote-4).

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que, de manera exclusiva, sus actos se rigen por los principios y reglas aplicables a los particulares[[5]](#footnote-5).

En consecuencia, el régimen jurídico que, por regla general, debe aplicarse a la contratación que efectúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado, y solo excepcionalmente el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Tal ha sido la interpretación del máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, quien al respecto ha señalado:

En este orden de ideas, el régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios en materia contractual es el propio del derecho común y sólo excepcionalmente se aplican las reglas del derecho público, es decir, las reglas de la Ley 80 de 1993.

Dicho de otro modo, la regla general de aplicación del derecho común significa, que para la selección del contratista no se requiere aplicar los procedimientos a los que se refiere la Ley 80 de 1993; que las reglas de existencia del contrato no son las previstas en el artículo 41 del Estatuto General de Contratación Pública; que los requisitos de validez del contrato son los previstos en la legislación civil y comercial; que las cláusulas contractuales son las propias de los contratos entre particulares; que la ejecución del contrato debe realizarse conforme a las reglas ordinarias y no a las administrativas; y que en lo relacionado con la terminación, ampliación y liquidación de los contratos, deben aplicarse las reglas del derecho común[[6]](#footnote-6).

Esta también ha sido la interpretación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien en Concepto No. 715 de 2014, reiterando lo expuesto en el Concepto Unificado SSPD-OAJ-020-2010, expresó que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, solo se aplican a los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios, cuando así lo ordene expresamente la Ley 142 de 1994[[7]](#footnote-7).

En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, salvo en aquellos casos en los que la Constitución, la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales, someten tal conducta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, a la Ley 80 de 1993, a la Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias. Estos casos, en los cuales rige dicho Estatuto en la contratación que adelantan tales entidades, se sintetizan a continuación[[8]](#footnote-8):

|  |  |
| --- | --- |
| **Supuestos de excepción, en los que se aplica el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a la actividad contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios** | **Fundamento normativo** |
| Sustitución de una empresa | «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» (Parágrafo del artículo 31, de la Ley 142 de 1994). |
| Sustitución de una empresa por liquidación de la existente | «Al ordenar la liquidación de una empresa de servicios públicos del orden municipal que preste el servicio en forma monopolística, el Superintendente de Servicios Públicos fijará un plazo prudencial, que en todo caso no excederá a seis (6) meses, para que el alcalde del respectivo municipio otorgue, mediante contrato y previo cumplimiento de los trámites establecidos para las licitaciones públicas, la prestación del correspondiente servicio a otra empresa.  »Si el alcalde no celebrare el respectivo contrato dentro del término fijado, el Superintendente de Servicios Públicos fijará un plazo adicional de cuatro (4) meses, para que el Gobernador adjudique la prestación del servicio, mediante contrato y previo cumplimiento de los trámites establecidos para las licitaciones públicas.  »En caso de que el Gobernador no realice la adjudicación, el Superintendente deberá adjudicar la prestación del servicio por el tiempo que considere necesario, mediante contrato y previo cumplimiento de los trámites establecidos para las licitaciones públicas.  »En todo caso, la adjudicación que haga el Alcalde, el Gobernador o el Superintendente comprenderá la constitución de las servidumbres necesarias sobre todos los bienes afectos al servicio que sean de propiedad del municipio» (Parágrafo del artículo 61 de la Ley 142 de 1994, adicionado por el artículo 9 de la Ley 689 de 2001). |
| Contratos de las empresas que tienen posición dominante | «Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes» (Artículo 35 de la Ley 142 de 1994). |
| Entrega de 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 competentes, 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» (artículo 40 de la Ley 142 de 1994). |
| Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar | «Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas de esta Ley, en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley <sic> 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes» (artículo 44.4 de la Ley 142 de 1994).  «Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal» (artículo 13 de la Ley 1150 de 2007). |
| Cláusulas exorbitantes | «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» (artículo 31, inciso 2º, de la Ley 142 de 1994). |
| Contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, a la que hace referencia el inciso 2o del artículo 355 de la Constitución Política | «La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto» (artículo 8 del Decreto 092 de 2017). |

Lo anterior no significa que en los casos en los que rige el derecho privado en la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se trate de derecho privado puro, pues este se encuentra limitado por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209[[9]](#footnote-9) y 267[[10]](#footnote-10) de la Constitución. Así lo prevé el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[[11]](#footnote-11).

Dicha matización al régimen de derecho privado en la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, ha sido reconocida doctrinariamente en los siguientes términos:

[…] en materia contractual el régimen aplicable a las empresas públicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, ha sido el derecho privado; y en esto no cabía discusión alguna, por lo menos la jurisprudencia y la doctrina no debaten el asunto, por estar definido claramente en la ley.

No obstante, tal contundencia en la idea debe matizarse hoy, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que dispuso, en el artículo 13, que este tipo de entidades deben aplicar –en materia contractual– los principios de la función administrativa y los de la gestión fiscal, de manera que se ha combinado su régimen jurídico, pues ya no será tan privado, como lo expresaba en voz alta el 31 citado[[12]](#footnote-12).

En su solicitud de rectificación, plantea que esta Subdirección debe cambiar el sentido del concepto, porque a las empresas de servicios públicos domiciliarios solo se les puede aplicar el derecho privado en materia contractual si, objetivamente, se encuentran prestando tales servicios. Sin embargo, para la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente dicha tesis no es válida, pues el legislador, en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el segundo inciso del artículo 365 de la Constitución –que establece que «Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, […]»– dispuso en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 que el derecho privado es el conjunto de normas que regulan la actividad de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sin exigir que al momento de perfeccionamiento del contrato los operadores se encuentren, de *facto*, prestando los servicios públicos.

Esta ha sido la idea admitida doctrinariamente. Por ejemplo, Luis Ferney Moreno considera que «los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, sin importar su naturaleza jurídica pública, privada o mixta, […] están sometidos al derecho privado»[[13]](#footnote-13); es decir, los contratos de las entidades que orgánicamente estén constituidas como empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen por las normas civiles y comerciales, pues, según indica, esto es lo que se deriva de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, «porque lo que se quiso fue poner en igualdad de condiciones en materia contractual a todos los prestadores de servicios públicos sin importar su naturaleza jurídica para garantizar la libre competencia»[[14]](#footnote-14).

Similar postura es la de Carlos Alberto Atehortúa Ríos, para quien «Todos los contratos que celebren las empresas de servicios públicos se someten a las reglas del derecho común»[[15]](#footnote-15). Obsérvese que el autor no condiciona la aplicación de este régimen a la prestación efectiva de los servicios públicos. Por tanto, en su opinión, afirmar que las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado en materia contractual genera las siguientes consecuencias jurídicas:

i) No requieren aplicar los procedimientos de selección previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

ii) No rige la regla de perfeccionamiento del contrato prevista en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, sino que basta el consentimiento –sin que sea necesario plasmarlo por escrito–, salvo que la normativa privada disponga lo contrario.

iii) Las normas que regulan la validez del contrato son las civiles y comerciales. Por ende, las causales de nulidad no son las contenidas en la Ley 80 de 1993.

iv) Se aplican los procedimientos contractuales que rigen a los particulares, en los que las solemnidades son excepcionales.

v) Las cláusulas contractuales son las mismas que pueden pactar los particulares, salvo en los casos señalados en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, que prevén la alternativa de las cláusulas excepcionales.

vi) En la ejecución del contrato rigen también las reglas ordinarias y no las del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

vii) El derecho privado es también el que rige respecto de la terminación, ampliación y liquidación del contrato[[16]](#footnote-16).

Por su parte, Felipe Núñez Forero comenta que «Como parte de las reformas orientadas a promover la competencia en la prestación de los servicios públicos, las leyes 142 y 143 –y luego la Ley 1341– adoptaron un énfasis muy definido en la aplicación del derecho privado a los actos y contratos de todos los prestadores, independientemente de si se trata de particulares o entidades de naturaleza estatal»[[17]](#footnote-17) y agrega que «Estas leyes buscaron poner a todos los prestadores en un plano de igualdad respecto del régimen jurídico de sus actos y contratos, y dar a las entidades estatales la flexibilidad necesaria para poder competir efectivamente con los particulares»[[18]](#footnote-18). Además, señala que la redacción original del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 generaba incertidumbre frente al régimen jurídico en materia contractual de los operadores de servicios públicos domiciliarios, pues indicaba que solo se les debía aplicar el derecho privado en la celebración de los contratos si estos versaban sobre el giro ordinario de sus negocios, es decir, sobre la prestación de los servicios públicos domiciliarios –tesis similar a la planteada en la consulta que aquí se analiza–. Sin embargo, continúa indicando Núñez, el artículo 3 de la Ley 689 de 2001 revaluó dicho criterio, para consagrar, en cambio, la regla según la cual todos los operadores de servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado en materia contractual, salvo en aquellos casos en los que la misma Ley 142 de 1994 los somete al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[19]](#footnote-19); de manera que desde el 28 de octubre de 2001 –fecha en la que entró a regir la Ley 689– a las empresas de servicios públicos domiciliarios se les debe aplicar, en su actividad contractual, las normas del derecho privado, aunque los contratos no tengan que ver con la prestación de los servicios públicos, es decir, aunque no se relacionen con el giro ordinario de sus negocios.

Conviene destacar que estos autores utilizan el concepto «empresas de servicios públicos domiciliarios» para referirse a los sujetos destinatarios del régimen de derecho privado en materia contractual; expresión que el primer inciso del artículo 17 de la Ley 142 de 1994 define así: «Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley»; disposición que se complementa con el artículo 18 de la misma Ley, que establece que «La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa». Pero, como es apenas natural, aunque desde la constitución de la empresa de servicios públicos domiciliarios se señala su objeto social, la prestación efectiva de los mismos puede tomar un tiempo razonable, mientras la empresa se provee de las herramientas necesarias para poder desempeñar la actividad para la cual nació. Sin embargo, eso no quiere decir que los contratos que celebre antes de comenzar a prestar los servicios se rijan por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dado que esta excepción no es explícita en la Ley 142 de 1994, y porque, como se deduce de la doctrina citada, el régimen contractual previsto en el artículo 31 de dicha Ley, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, es de las empresas de servicios públicos domiciliarios, desde el momento que se constituyen con el objeto de prestar estos servicios.

Esta postura no es aislada, ni se aparta injustificadamente de la jurisprudencia del Consejo de Estado –contrario a lo que se indica en la solicitud de rectificación–, pues también se deriva de la interpretación que ha efectuado dicho tribunal del artículo 31 de la Ley 142 de 1994. En efecto, este ha considerado que las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado en materia contractual y no establece como requisito *sine qua non* para aplicar dicho régimen que estén realizando la actividad de prestación de tales servicios. En este sentido, la reciente sentencia de la Sección Tercera, del 19 de junio de 2019 recuerda que fue voluntad del constituyente que el legislador definiera el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios y que, atendiendo a este deseo, el Congreso de la Repúblico dispuso en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 que los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado[[20]](#footnote-20). Esta misma tesis, en virtud de la cual se predica la aplicación del régimen de derecho privado a la contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios, con prescindencia de que se encuentren prestando o no tales servicios, también fue sostenida en las sentencias del 30 de mayo de 2019[[21]](#footnote-21), del 5 de julio de 2018[[22]](#footnote-22), del 21 de junio de 2018[[23]](#footnote-23), del 8 de junio de 2018[[24]](#footnote-24), del 2 de mayo de 2016[[25]](#footnote-25) y del 30 de julio de 2015[[26]](#footnote-26), entre otras. Tal postura ha sido acogida de vieja data por el Consejo de Estado, quien por lo menos desde 1998 indicó que «Los contratos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen exclusivamente por las reglas del derecho privado y no por las del derecho público, tal como insiste el apelante, salvo cuando en ellos se incluyan las cláusulas exorbitantes»[[27]](#footnote-27); afirmación que, en todo caso, hoy admite los matices del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, pero que permite evidenciar que el Consejo de Estado ha sido reiterativo en su jurisprudencia, al señalar que el régimen se predica de quienes se constituyen como prestadores, independientemente de que no hayan comenzado aún la actividad de suministro de los servicios públicos.

En la solicitud de rectificación, usted hace referencia al auto de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 18 de julio de 2007[[28]](#footnote-28), para sostener, con fundamento en él, que la aplicación del régimen de derecho privado a las empresas de servicios públicos domiciliarios está condicionada a que estas se encuentren, materialmente, prestando dichos servicios. Sin embargo, una lectura cuidadosa del auto no arroja la conclusión a la que llega el peticionario, primero porque ese no fue el aspecto que analizó el Consejo de Estado en dicha providencia –sino la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo– y segundo, porque lo que quiso indicar esta corporación en el fragmento aislado que cita el peticionario es que no todos los prestadores de los servicios públicos domiciliarios son entidades estatales, lo cual es correcto[[29]](#footnote-29). Pero de ahí no se deduce que en el auto se afirme que el régimen contractual esté supeditado a la prestación efectiva de los servicios públicos domiciliarios. Es más, en el mismo auto el Consejo de Estado se refiere a la exposición de motivos de la Ley 689 de 2001, para concluir: i) que el régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado, sin condicionarlo a un criterio material y ii) que la intención de la reforma fue aclarar las inquietudes que se había presentado con la redacción inicial del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, que restringía la aplicación del derecho privado a los contratos que tuvieran por objeto la prestación de los servicios públicos[[30]](#footnote-30).

Adicionalmente, usted indica en la solicitud de rectificación que el Concepto C – 027 de 2020, proferido por esta Subdirección, desconoce lo dicho por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el Concepto Unificado 11 de 2010, que se refiere al marco jurídico para la implementación y desarrollo de los planes departamentales de agua, en el que es cierto que dicha Superintendencia sostiene que el régimen contractual de derecho privado rige únicamente para aquellos operadores que presten materialmente los servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, en conceptos posteriores tal Superintendencia se ha pronunciado en el mismo sentido de la jurisprudencia y la doctrina, afirmando que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, prevé que el régimen contractual que regula la contratación de las empresas de servicios públicos es el derecho privado[[31]](#footnote-31), sin hacer la distinción que realizó en el Concepto Unificado 11; distinción que esta Agencia, como ente rector del sistema de contratación pública[[32]](#footnote-32), no comparte, porque, como bien se indicó, con la modificación introducida por el artículo 3 de la Ley 689, es claro que el legislador no circunscribe la vigencia del derecho privado a la contratación que tenga que ver con la prestación efectiva de los servicios públicos domiciliarios. Como sucede con cualquier ente societario, las empresas de servicios públicos domiciliarios deben realizar las actividades integradas dentro de su objeto social. Pero esto no niega que puedan celebrar contratos y que estos se rijan por las normas civiles y comerciales, aunque no estén prestando dichos servicios, pero se estén adecuando para hacerlo, pues en tal caso la contratación también está relacionada con el objeto de la entidad, ya que no se puede olvidar que la contratación estatal es una actividad instrumental, que se utiliza para procurar la prestación de los servicios públicos. Inclusive, en el concepto No. 6 de 2014, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios acogió este criterio[[33]](#footnote-33), tesis que reitera en Concepto No. 113 de 2018; línea que no se contradice con lo afirmado por dicha Superintendencia en el Concepto 470 de 2018 –que se cita en la solicitud de rectificación–, porque en este lo que se afirma es que la prestación efectiva de los servicios públicos es lo que activa el control de dicho órgano de inspección, pero no se hace referencia al régimen contractual.

**2.3. La contratación de un socio operador por una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios es un supuesto que ingresa dentro de la regla general de aplicación del derecho privado**

Si, como se indicó en el numeral anterior, a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se les debe aplicar el derecho privado –matizado por lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007–, salvo en los casos excepcionales en los que rige el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y si, como se explicó en el cuadro en el que se indicaron los supuestos expresos en los que se debe aplicar dicho Estatuto, la escogencia de un socio operador no se halla dentro de tales eventos excepcionales, se puede deducir válidamente la idea de que la contratación de un socio operador por parte de una empresa de servicios públicos domiciliarios se debe adelantar con arreglo a las normas del derecho privado.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tuvo oportunidad de pronunciarse en relación con un caso en el que se le preguntó si el procedimiento de invitación pública para la escogencia de un socio operador se encontraba reglamentado, ante lo cual respondió negativamente y, además, indicó que la Ley 142 de 1994 fue clara en señalar los casos en los cuales debe aplicarse el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dentro de los que no mencionó la invitación pública de la que trata el artículo 6º de dicha Ley; razón por la cual tal invitación se rige por el derecho privado[[34]](#footnote-34). Además, el tercer inciso del artículo 18 de la Ley 142 de 1994 establece:

Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.

Por las razones expuestas, se concluye que la contratación de un socio operador por parte de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios debe regirse por el derecho privado. Ahora bien, el hecho de que la empresa no haya prestado aún, materialmente, el servicio público no es óbice para que su régimen jurídico contractual sea el derecho privado –salvo en los casos de excepción ya señalados–, pues de la frase contenida en el primer inciso del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 –«las entidades estatales *que prestan los servicios públicos*» (cursiva fuera de texto)– no puede interpretarse que para que dichas entidades se rijan por el derecho privado deban encontrarse *en la actualidad* prestando el servicio, ya que, precisamente, para eso se constituyen y es la finalidad por la cual contratarán. La interpretación razonable consiste, por ende, en considerar que el referido apartado normativo exige que la entidad esté constituida legalmente como una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios; es decir, que tenga dentro de su objeto social la prestación de esta clase de servicios[[35]](#footnote-35).

No otra interpretación se deduce del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, del 19 de julio de 1995, donde indica que «[…] el régimen de contratación, aplicable a las personas prestadoras de servicios públicos, incluyendo a los municipios y a las entidades descentralizadas cuyo objeto a contratar sea la prestación de uno de dichos servicios, es el previsto por el derecho privado, […]»[[36]](#footnote-36), pues de esta afirmación no se puede concluir hoy que los contratos que no tengan por objeto la prestación de servicios públicos deban regirse por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Lo anterior, por cuanto el mencionado concepto se expidió en un año en el que estaba vigente la redacción inicial del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, que había dado lugar a una intensa discusión acerca de si el derecho privado solo podía aplicarse en los casos en los que el contrato celebrado por la empresa tuviera por objeto la prestación de los servicios públicos[[37]](#footnote-37). Sin embargo, esta discusión quedó resuelta con la modificación introducida por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que, en lugar de referirse a los contratos «[…] que tengan por objeto la prestación de esos servicios […]» –tal como lo decía la norma de la ley 142 inicialmente–, dispuso que el derecho privado se aplicaría de allí en adelante a «Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley […]», con lo cual queda claro que las normas civiles y comerciales actualmente rigen los contratos de tales empresas, independientemente de que su contenido lo constituya la prestación del servicio público, pues lo importante es que se trate de empresas que tengan este objeto social.

Por las razones expuestas, esta Subdirección no accede a la solicitud de rectificación formulada en su petición, y en su lugar mantiene la respuesta planteada en el Concepto C – 027 de 2020, que se indica a continuación:

1. **Respuesta**

«¿Qué régimen jurídico debe aplicar una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios creada en el año 2018, en virtud de la asociación de varios municipios, para contratar a un socio operador, teniendo en cuenta que dicha empresa de servicios públicos domiciliarios “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”?».

Dicha empresa oficial de servicios públicos domiciliarios debe aplicar, para celebrar tal contrato, el régimen jurídico de derecho privado, en armonía con i) los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, consagrados, respectivamente, en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, ii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal y iii) las disposiciones del manual o reglamento interno de contratación.

El hecho de que la empresa de servicios públicos no preste, ni haya prestado materialmente servicios públicos domiciliarios no impide aplicar el régimen indicado en el párrafo anterior, toda vez que, al tenor de los artículos 31 –primer inciso– y 18 de la Ley 142 de 1994, el régimen de derecho privado se aplica a las empresas constituidas legalmente y que tengan por objeto la prestación de dichos servicios.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz Díez |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. Seguramente, por error involuntario, el peticionario en el encabezado de su solicitud sostiene que el Concepto C – 027 de 2020 se expidió en respuesta a la consulta con radicado «2202013000000939», pero, como se indicó, dicho concepto resolvió en realidad la consulta con radicado No. 4202012000000018. [↑](#footnote-ref-1)
2. Así lo ha reconocido la doctrina en la materia, al afirmar: «El modelo que se adoptó en la Constitución de 1991 para los servicios públicos se caracteriza por la liberalización de su prestación, por un fuerte poder del Estado para intervenir en ellos y por la adopción de instituciones para lidiar con los principales problemas que respecto de las tarifas enfrentaron históricamente estos servicios: la interferencia política en su fijación y el abuso por parte de los prestadores de su posición cuando no tienen suficiente competencia en sus mercados.

   »Como base del modelo de liberalización, la Constitución removió las barreras jurídicas de entrada a la prestación de los servicios públicos y estableció como regla general que ellos “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares” […].

   »Al establecer esta libertad de entrada, la Constitución abrió la puerta para romper con el modelo de prestación basado exclusivamente en los monopolios estatales que estuvo vigente por más de medio siglo. Y aunque bajo la Constitución de 1991 es posible aún la creación de monopolios de derecho para los servicios públicos, para ello deben cumplirse procedimientos muy exigentes desde el punto de vista político y jurídico: debe hacerse mediante una ley de iniciativa gubernamental aprobada por ambas cámaras del Congreso y, en todo caso, puede ocurrir solo mediando indemnización previa y plena» (NÚÑEZ FORERO, Felipe. Servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones e infraestructura (instituciones, regulación y competencia). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 43). [↑](#footnote-ref-2)
3. En efecto, dicho artículo establece: «Pueden prestar los servicios públicos:

   »15.1. Las empresas de servicios públicos.

   »15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

   »15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

   »15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

   »15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

   »15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17». [↑](#footnote-ref-3)
4. La redacción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001 es la 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». [↑](#footnote-ref-4)
5. Así lo establece la norma: «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.

   »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». [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37423. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar sentido, puede verse la Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B, del 15 de noviembre de 2011. Exp. 21178. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-6)
7. Así lo indicó la Superintendencia: «Ahora bien, pasando al régimen de los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, es preciso indicar, que de conformidad con lo señalado en el artículo [32](https://normograma.info/ssppdd/docs/ley_0142_1994.htm#32) de la Ley 142 de 1994, la regla general es que dicho régimen es el *“derecho privado”,* mientras que solamente aplican las disposiciones de *“derecho público”* cuando así lo señale de manera expresa la misma ley [142](https://normograma.info/ssppdd/docs/ley_0142_1994.htm#INICIO) de 1994 o una disposición constitucional.

   »Este tema específico ha sido objeto de desarrollo por parte de la Oficina Asesora Jurídica en diversas oportunidades, razón por la cual se procede a ratificar lo señalado en el Concepto Unificado SSPD-OAJ-020-2010, el cual se encuentra disponible en nuestra página de internet: www.superservicios.gov.co, en el cual se manifestó:

   *»****“…2. REGLA GENERAL EN MATERIA DE ACTOS Y CONTRATOS DE PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.***

   *»De acuerdo con el artículo*[*32*](https://normograma.info/ssppdd/docs/ley_0142_1994.htm#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 no 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 aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del 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***](https://normograma.info/ssppdd/docs/ley_0142_1994.htm#INICIO)***de 1994 o una disposición constitucional.****Una de estas excepciones, por ejemplo, son los contratos a que se refiere el numeral 1 del artículo*[*39*](https://normograma.info/ssppdd/docs/ley_0142_1994.htm#39)*de la ley 142 de 1994.*

   *»De otra parte,****el artículo***[***31***](https://normograma.info/ssppdd/docs/ley_0142_1994.htm#31)***de la ley 142 de 1994, señala que los contratos que celebren las entidades estatales que presten servicios públicos se rigen por el derecho privado, salvo en lo que la ley***[***142***](https://normograma.info/ssppdd/docs/ley_0142_1994.htm#INICIO)***disponga otra cosa.****A su vez, el parágrafo del mismo artículo señala que los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas de servicios públicos, para que estas asuman la prestación de los servicios públicos, o para que sustituyan en la prestación a otra empresa que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán por el estatuto general de la contratación pública, y en todo caso el proceso de selección deberá realizarse previa licitación pública.*

   »[…]» (Las negrillas y cursivas son del original). (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 715 de 2014. Radicado: 20145290427992). [↑](#footnote-ref-7)
8. Al respecto, puede consultarse el texto de MARÍN CORTÉS, Fabián G. Los servicios semipúblicos domiciliarios. Bogotá: Temis, 2010. pp. 355-371. [↑](#footnote-ref-8)
9. Este artículo consagra los principios de la función administrativa, así: «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

   »Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley». [↑](#footnote-ref-9)
10. Tal artículo, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019, expresa en su cuarto inciso: «La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley». [↑](#footnote-ref-10)
11. Dicha norma dispone: «Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal». [↑](#footnote-ref-11)
12. MARÍN, Op. cit. p. 125. [↑](#footnote-ref-12)
13. MORENO, Luis Ferney. Servicios públicos domiciliarios. Perspectivas del Derecho económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 135. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ibíd., p. 135. [↑](#footnote-ref-14)
15. ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 141. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ibíd., pp. 141-142. [↑](#footnote-ref-16)
17. NUÑEZ, op.cit., p. 343. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ibíd., p. 343. [↑](#footnote-ref-18)
19. Ibíd., pp. 344-346. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 19 de junio de 2019. Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata. Expediente: 39.800. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de mayo de 2019. Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata. Expediente: 35.783. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 5 de julio de 2018. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 59.530. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 21 de junio de 2018. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Expediente: 37.327. [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de junio de 2018. Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Expediente: 38.120. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Expediente: 51.113. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 30 de julio de 2015. Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz. Expediente: 35.354. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 26 de marzo de 1998. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente: 14.000. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 18 de julio de 2007. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente: 29.745. [↑](#footnote-ref-28)
29. «En ese orden de ideas, la ley 142 no homologa a las entidades estatales que prestan los servicios públicos con las *entidades prestadoras de servicios públicos*, sino que por el contrario, aquellas son apenas una especie de éstas últimas. Al punto que cuando la ley 142 quiso establecer una regla particular así lo hizo, como es el caso, por ejemplo, del artículo 31 referente al régimen de contratación de las entidades estatales que prestan los servicios públicos y del numeral 44.4 del artículo 44 que claramente señala que en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes.

    »En consecuencia, cuando el numeral 5º del artículo 132 del C.C.A encomendó a la justicia administrativa el conocimiento *“de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio”,* involucró a todo tipo de operador sin distinguir su naturaleza jurídica (privada, pública o mixta) y no aludió exclusivamente a las entidades estatales, sean o no empresas» (Ibíd.).

    Con ello lo que señaló el Consejo de Estado es que aunque el prestador de los servicios públicos domiciliarios no sea una entidad estatal, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de las controversias. [↑](#footnote-ref-29)
30. En tal sentido, señala: «Además si se recurre a la historia fidedigna del establecimiento de este precepto (*voluntas legis*), se confirma lo arriba expuesto, esto es, que el legislador sólo pretendía dejar en claro el régimen jurídico aplicable al contrato y no su juez natural, en tanto tan sólo pretendía modificar la ley 142 y en modo alguno la ley 446.

    »En efecto, en la ponencia para segundo debate en Cámara a los Proyectos de ley Nos. 038 de 1998, 65 de 1998 y 81 de 1998, acumulados, se indicó sin ambages:

    »“14. Régimen de contratación de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

    »“A pesar de que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 prevé que el régimen de contratación de las ESP relativo al desarrollo de su objeto social se le aplican las normas de derecho privado, su redacción por vía de remisión indirecta a un parágrafo [el primero del artículo 32] de la ley 80, ha llevado a que se produzcan confusiones por parte del intérprete. En tal virtud, se recomienda una redacción más clara y directa que no lleva a ninguna suerte de equívocos.

    »“De otro lado, se adiciona un parágrafo concerniente a los entes territoriales que tengan por objeto la asunción por parte de los prestadores o para la sustitución de aquellos que entren en causal de disolución o de liquidación, hipótesis únicas en las cuales se habrán de someter a las normas del Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Ello para que en estos casos taxativamente enunciados, siempre deba realizarse por el camino de la licitación pública.”

    »Esta misma línea argumentativa aparece consignada en la ponencia para primer debate en el Senado, cuando precisa:

    »“*Régimen de contratación de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios.*

    »“En cuanto al régimen de contratación, se da claridad definitiva acerca del sometimiento de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios al derecho privado, para todos los procedimientos de selección y escogencia de sus contratistas o proveedores. Esto, por cuanto hasta la fecha se han venido presentando conflictos en materia de aplicación de las normas, quedando en desventaja comparativa los operadores públicos con los privados en lo que hace al giro ordinario de sus actividades en sus relaciones con terceros. De esta manera, se pretende imprimirle un sello de dinamismo y eficiencia [a] las empresas estatales con el ánimo de que puedan participar en el mercado en las mismas condiciones que los operadores privados.

    »“Se mantiene, sin embargo, la facultad de las comisiones de regulación de hacer obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes para algunos contratos. La razón de ser de esta facultad radica en que si bien los procesos de contratación no se rigen por la ley 80 de 1993, sí existen algunos contratos que por la naturaleza de su objeto al ser incumplidos por el contratista podrían llegar a generar consecuencias nefastas para la prestación eficiente y continua de los servicios públicos. Por esta razón, se mantiene esta competencia.

    »“Igualmente se deja claridad que en caso que los entes territoriales requieran contratar con una empresa de servicios públicos domiciliarios para que asuma la prestación de un servicio que aquel venía prestando o para que sustituya a otra que entre en causal de liquidación o disolución, siempre se hará con sujeción a la ley 80 de 1993, a través del procedimiento de licitación pública”» (Ibíd.). [↑](#footnote-ref-30)
31. Al respecto, pueden verse los conceptos: 517 de 2011, 626 de 2011, 336 de 2012, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. [↑](#footnote-ref-31)
32. «Artículo 2°. Objetivo de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, como ente rector, tiene como objetivo desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado» (Decreto 4170 de 2011). [↑](#footnote-ref-32)
33. Indicó: «De conformidad con lo manifestado, es importante indicar que la regla general en cuanto se refiere al régimen de actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, determina que sin importar la naturaleza de la empresa prestadora, aplica el derecho privado, pues así lo dispone de forma expresa el artículo 32 del estatuto Básico de los Servicios Públicos, mientras que sólo excepcionalmente deben aplicarse las disposiciones del derecho público, cuando así lo señale de manera expresa la misma Ley 142 de 1994 o una disposición Constitucional. Dentro de las excepciones a la regla general referida, podemos señalar a manera de ejemplo, los contratos a que se refieren el numeral 1 del artículo 39 y el artículo 40 de la citada ley.

    »Por su parte, el artículo 31 de la Ley 142 citada, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, igualmente determina que los contratos que celebren las entidades estatales que presten servicios públicos se rigen por el derecho privado, salvo en lo que en contrario disponga la Ley 142, mientras que el parágrafo de la misma disposición señala, que los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas de servicios públicos, para que éstas asuman la prestación de los servicios públicos, o para que sustituyan en la prestación a otra empresa que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán por el estatuto general de la contratación pública, indicando que en todo caso el proceso de selección deberá realizarse previa licitación pública». [↑](#footnote-ref-33)
34. Concepto 272 de 2013. Radicado 20135290202702. En sitio web: https://normograma.info/ssppdd/docs/concepto\_superservicios\_0000272\_2013.htm [↑](#footnote-ref-34)
35. El artículo 18 de la Ley 142 de 1994 prescribe: «La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.

    »Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.

    »Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.

    »PARÁGRAFO. Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en empresas de servicios públicos. En el objeto de las comunidades organizadas siempre se entenderá incluida la facultad de promover y constituir empresas de servicios públicos, en las condiciones de esta Ley y de la ley que las regule. En los concursos públicos a los que se refiere esta Ley se preferirá a las empresas en que tales comunidades tengan mayoría, si estas empresas se encuentran en igualdad de condiciones con los demás participantes». [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 19 de julio de 1995. Consejero Ponente: Roberto Suárez Franco. Radicación Número: 704. [↑](#footnote-ref-36)
37. Ello, en tanto, la redacción original del artículo 31, antes de la modificación que tuvo posteriormente, era esta: «Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo [32](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#32) de la Ley 80 de 1993 y por la presente Ley, 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, 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 en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa». [↑](#footnote-ref-37)