CCE-DES-FM-17

**SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** **– Operadores autorizados – Modelo económico**

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.

[…]

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.

**SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen contractual – Derecho privado – Excepciones**

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 en los que la Ley 142 de 1994 establezca que deben aplicar las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**LICITACIÓN PÚBLICA – Ley 142 de 1994 – Artículo 31 – Parágrafo**

El parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 establece que «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», y que «[…] en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993». Esto significa que en tal evento se aplican las disposiciones de la Ley 80 de 1993, incluidas las restricciones para la adición en valor y plazo de los contratos, […].

**CONCESIÓN – Definición – Tipo contractual**

Por otra parte, la concesión ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos, ya que a través de él las entidades públicas reciben el apoyo de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo que aquellos exploten, operen, organicen, construyan, conserven o gestionen un determinado bien o servicio de propiedad estatal, en la medida de lo posible con sus propios recursos privados y con la oportunidad de recuperar su inversión en el futuro.

**ADICIÓN Y PRÓRROGA – No son automáticas – Principio de planeación**

Además, en la realización de las adiciones y prórrogas, o en cualquier modificación que se surta sobre un contrato estatal, las entidades públicas deben hacer un serio análisis de oportunidad y conveniencia. Solo con fundamento en este examen pueden tomar la decisión de ampliar el valor, el plazo o cualquier cláusula del contrato. Adicionalmente, el principio de planeación irradia sus efectos sobre la fase de ejecución del contrato. Por esta razón, las adiciones, prórrogas y modificaciones en general, deben ser excepcionales y justificarse adecuadamente. En consecuencia, la prórroga de un contrato de concesión de un servicio público no debe ser una decisión automática e irreflexiva. Lo anterior, por cuanto, la prórroga debe consultar los riesgos, los costos adicionales y no utilizarse para burlar la licitación pública, exigida en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994. De hecho, hay un precedente constitucional definido, en el sentido de que la posibilidad de prórroga automática de los contratos de concesión desconoce el principio de libre concurrencia.

Bogotá D.C., **17/12/2020 Hora 12:28:53s**

**N° Radicado: 2202013000012030**

Señor

**Óscar Fabián López Sierra**

Ciudad

**Concepto C ‒ 718 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Operadores autorizados – Modelo económico / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen contractual – Derecho privado – Excepciones / LICITACIÓN PÚBLICA – Ley 142 de 1994 – Artículo 31 – Parágrafo / CONCESIÓN – Definición – Tipo contractual / ADICIÓN Y PRÓRROGA – No son automáticas – Principio de planeación. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000010174  |

Estimado señor López:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 9 de noviembre del 2020.

1. **Problema planteado**

Usted formula las siguientes preguntas:

«1) Puede una Entidad Estatal prorrogar automáticamente un Contrato de Concesión de acueducto, alcantarillado y aseo con el Prestador?

»2) Puede una Entidad Estatal otorgar la CONCESIÓN del servicio de acueducto alcantarillado y aseo mediante una modalidad DISTINTA a la que menciona el parágrafo del articulo 31 de la ley 142 de 1994 que establece aplicar el Estatuto general de la contratación publica previa "licitación pública", como por ejemplo con la celebración de un contrato interadministrativo mediante la modalidad de contratación directa con un prestador que sea empresa de servicios públicos publica o mixta, administradora pública cooperativa o empresa industrial y comercial del estado?

»3) En el evento de que no se pueda prorrogar automáticamente un contrato de concesión de acueducto alcantarillado y aseo y en dicho contrato se haya vencido su plazo de ejecución, que acción en materia de contratación estatal hay que tomar?».

1. **Consideraciones**

Para abordar los interrogantes planteados, se analizarán los siguientes temas: i) quiénes pueden ser operadores de los servicios públicos domiciliarios en Colombia; ii) cuál es el régimen contractual aplicable a dichos operadores, en vigencia de la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001; y, finalmente, iii) el procedimiento del parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, así como la viabilidad o no de la prórroga automática de los contratos de concesión.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el régimen contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en el concepto C-027 del 23 de enero de 2020. Igualmente, delineó las características principales del contrato de concesión en el Concepto C-507 del 13 de agosto de 2020. Algunas de las ideas expuestas en tales oportunidades se reiteran a continuación y se complementan con nuevas consideraciones relativas al tema objeto de consulta.

**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[[1]](#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[[2]](#footnote-3).

De conformidad 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»–.

**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 en los que la Ley 142 de 1994 establezca que deben aplicar las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[3]](#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[[4]](#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[[5]](#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[[6]](#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.

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 un «derecho privado puro», pues este se encuentra irrigado e imbuido por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución, toda vez que así lo prevé el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[[7]](#footnote-8).

**2.3. Procedimiento de selección del parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y prórroga del contrato de concesión**

El parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 establece que «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», y que «[…] en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993». Esto significa que en tal evento se aplican las disposiciones de la Ley 80 de 1993, incluidas las restricciones para la adición en valor y plazo de los contratos, como se explicará a continuación.

En efecto, existe doctrina decantada y uniforme de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios[[8]](#footnote-9), indicando que el procedimiento de selección que se debe adelantar en virtud del referido parágrafo es la *licitación pública*. De igual forma, ese órgano ha precisado cuáles son los tipos de contratos respecto de los cuales se debe cumplir con dicha convocatoria pública. En tal sentido, ha indicado que «La entrega de infraestructura municipal a un prestador de servicios públicos domiciliarios para que este la opere por la vía de un contrato, sin consideración a la naturaleza que este tenga, deberá estar precedida de procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, tal como lo dispone el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, […]»[[9]](#footnote-10). En este orden de ideas, ha expresado que:

De acuerdo con la norma citada, los contratos celebrados entre entidades oficiales y prestadores de servicios públicos domiciliarios (de cualquier orden y sin excepción), deben regirse para todos los efectos por el Estatuto General de la Contratación Pública, razón por la cual, si un prestador requiere de infraestructura municipal para adelantar sus actividades, deberá esperar a que la entidad oficial competente organice la respectiva licitación pública, en la que pueda participar, en igualdad de condiciones, con otros prestadores interesados[[10]](#footnote-11).

El alcance que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios le ha otorgado al parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 es coherente con lo previsto en el artículo 1.3.5.3 de la Resolución CRA 151 de 2001[[11]](#footnote-12). Además, de conformidad con el artículo 1.3.2.2. de esta Resolución y según lo ratificó dicha Superintendencia en la Circular Externa No. 001 del 23 de febrero de 2010[[12]](#footnote-13):

Se someterán al procedimiento de licitación pública contenido en la Ley 80 de 1993, los siguientes contratos:

a) Los 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;

b) 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.

En consecuencia, según lo ha interpretado la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 «[…] resulta aplicable en todos aquellos casos en que un municipio, siendo dueño de la infraestructura que utiliza para la prestación del servicio, la entrega a una empresa de servicios públicos para que ésta, mediante un contrato de operación preste el servicio público respectivo»[[13]](#footnote-14). Además, dicha entidad ha precisado que «En tales casos, debe entenderse que lo que se da en concesión es la infraestructura y no el servicio, […], hoy en día los servicios públicos que regulan las Leyes 142 y 143 de 1994, no se prestan bajo la figura de la concesión, salvo el caso de las áreas de servicio exclusivo reguladas por los Artículos 40 y 174 de la Ley 142 de 1994. Eso significa que, si no existe restricción de infraestructura, otra empresa puede prestar el mismo servicio en la misma área geográfica»[[14]](#footnote-15).

Por otra parte, la concesión ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos, ya que a través de él las entidades públicas reciben el apoyo de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo que aquellos exploten, operen, organicen, construyan, conserven o gestionen un determinado bien o servicio de propiedad estatal, en la medida de lo posible con sus propios recursos privados y con la oportunidad de recuperar su inversión en el futuro[[15]](#footnote-16).

Como se observa, el contratista es, en principio, quien, por su cuenta y riesgo, ejecuta la prestación, operación, explotación u organización del servicio, así como la construcción, explotación o conservación del bien, a cambio de una remuneración[[16]](#footnote-17), tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional[[17]](#footnote-18).

A partir de la tipificación de este contrato, en el artículo citado, y sin perjuicio de la existencia de regímenes especiales, las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública son principalmente las aplicables a las entidades públicas en la celebración de los contratos de concesión.

En armonía con lo anterior, como se indicó, el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 es contundente, al señalar que «en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública». Lo anterior quiere decir que, independientemente del tipo contractual, los entes territoriales deben adelantar esta modalidad de selección plural si quieren que una empresa –sea cual sea su naturaleza–, asuma la prestación de servicios públicos domiciliarios, en los casos indicados por las comisiones de regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. De este modo, el legislador descartó la posibilidad de la *contratación directa* en tal evento, pues quiso fomentar la libre concurrencia en dicha actividad.

En relación con las *adiciones*, el segundo inciso del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales». Esta regla es aplicable a los contratos celebrados en virtud del parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, por la remisión que este hace al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Además, en la realización de las adiciones y prórrogas, o en cualquier modificación que se surta sobre un contrato estatal, las entidades públicas deben hacer un análisis serio de oportunidad y conveniencia. Solo con fundamento en este examen pueden tomar la decisión de ampliar el valor, el plazo o modificar cualquier cláusula del contrato. Adicionalmente, el principio de planeación irradia sus efectos sobre la fase de ejecución del contrato. Por esta razón, las adiciones, prórrogas y modificaciones en general, deben ser excepcionales y justificarse adecuadamente. En consecuencia, la prórroga de un contrato de concesión de un servicio público no debe ser una decisión automática, gratuita e irreflexiva. Lo anterior, por cuanto la prórroga debe consultar los riesgos, los costos adicionales y no utilizarse para burlar la licitación pública, exigida en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994. De hecho, existe un precedente constitucional definido, en el sentido de que la posibilidad de prórroga automática de los contratos de concesión desconoce el principio de libre concurrencia y el derecho a la igualdad de los eventuales interesados[[18]](#footnote-19).

De igual manera, la jurisprudencia[[19]](#footnote-20) ha sido conteste al indicar que otra razón para no admitir la prórroga automática es que en el momento de efectuar este tipo de acuerdos –que, como se dijo, deben ser expresos–, deben quedar claras las consecuencias de la ampliación del plazo en la economía del contrato estatal. Por ello, al suscribir la prórroga, las partes del contrato deben analizar los efectos del incremento del plazo, el motivo de la ampliación, así como el impacto técnico y financiero que pudiera traer. Es más, el instante de realización de la prórroga constituye la oportunidad para que la parte del contrato que se considere afectada con la ampliación del plazo, lo manifieste o deje la salvedad del caso. Por tal razón, el Consejo de Estado ha dicho que: «En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual»[[20]](#footnote-21).

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se resolverán los interrogantes formulados.

**3. Respuestas**

«1) Puede una Entidad Estatal prorrogar automáticamente un Contrato de Concesión de acueducto, alcantarillado y aseo con el Prestador?»

Las adiciones, prórrogas y otras modificaciones a los contratos estatales –incluidos aquellos contratos celebrados para la concesión de servicios públicos domiciliarios– solo pueden efectuarse, previo análisis de oportunidad y conveniencia. Además, deben garantizar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal. En consecuencia, no pueden prorrogarse automáticamente, pues esto puede afectar el principio de libre concurrencia y el derecho a la igualdad de los eventuales interesados. Además, debe respetarse el límite contenido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

«2) Puede una Entidad Estatal otorgar la CONCESIÓN del servicio de acueducto alcantarillado y aseo mediante una modalidad DISTINTA a la que menciona el parágrafo del articulo 31 de la ley 142 de 1994 que establece aplicar el Estatuto general de la contratación publica previa "licitación pública", como por ejemplo con la celebración de un contrato interadministrativo mediante la modalidad de contratación directa con un prestador que sea empresa de servicios públicos publica o mixta, administradora pública cooperativa o empresa industrial y comercial del estado?»

El parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 es contundente, al señalar que «en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública». Esto significa que no es posible efectuar la selección de la empresa de servicios públicos por *contratación directa*. Así también lo dispone el artículo 40 de la misma Ley frente a las áreas de servicio exclusivo. Al respecto, se sugiere consultar la doctrina de la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios y la regulación indicada en las consideraciones de este concepto.

«3) En el evento de que no se pueda prorrogar automáticamente un contrato de concesión de acueducto alcantarillado y aseo y en dicho contrato se haya vencido su plazo de ejecución, que acción en materia de contratación estatal hay que tomar?».

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– solo tiene competencia consultiva para expedir conceptos sobre la interpretación de normas de carácter general. Dicha competencia no puede extenderse a situaciones concretas del sistema de compra pública. Lo anterior de conformidad con el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011. Sin embargo, esta Subdirección responde en abstracto su pregunta, señalando que la entidad estatal debe hacer un adecuado estudio, que satisfaga las exigencias del principio de planeación, para determinar cómo se puede seguir prestando el servicio público. Para ello, deberá analizar el sector, los riesgos técnicos, sociales, ambientales, jurídicos y todos los demás aspectos involucrados en la actividad. Con base en este análisis podrá tomar la decisión más oportuna, respetando los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como las reglas de la Ley 142 de 1994 y del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

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 DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. 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)
2. 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)
3. 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)
4. 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)
5. 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)
6. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 715 de 2014. Radicado: 20145290427992). [↑](#footnote-ref-7)
7. 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-8)
8. Se recomienda revisar los siguientes conceptos: 483 de 2015, 771 de 2017, 305 de 2018 y 139 de 2020. [↑](#footnote-ref-9)
9. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 139 de 2020. Disponible en: https://normograma.info/ssppdd/docs/concepto\_superservicios\_0000139\_2020.htm?q=paragrafo+del+articulo+31 [↑](#footnote-ref-10)
10. Ibíd. [↑](#footnote-ref-11)
11. «Se someterán a los procedimientos regulados para estimular la concurrencia de oferentes:

»a. Los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo para la administración profesional de acciones, a los que se refiere el numeral 39.2 del Artículo 39 de la Ley 142 de 1994.

»b. Los que celebren las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo con quienes sean sus competidoras.

»c. Los que celebre una persona prestadora de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo que tiene posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad consiste en distribuir bienes provistos por terceros, con un tercero en cuyo capital tenga una participación superior al veinticinco por ciento (25%).

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

»e. <Literal modificado por el artículo 2 de la Resolución 242 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

»PARÁGRAFO. La emisión de acciones por parte de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo y su suscripción, se regirá por las normas que regulan la oferta pública de valores, cuando se requiera inscripción en el Registro Nacional de Valores. Cuando no se requiera de tal registro, la emisión y suscripción de acciones se regirá por las normas de derecho privado y por las disposiciones especiales contenidas en la Ley 142 de 1994». [↑](#footnote-ref-12)
12. Disponible en: http://basedoc.superservicios.gov.co/ark-legal/SSPD/details;jsessionid=0581F8CA00968F85FDC9DF690AEE5548?docId=deb7e77f-3c21-4870-9278-c6488170613a&channel=%2FP%2FPRESTACION+DIRECTA+DE+SERVICIOS+PUBLICOS+POR+PARTE+DE+MUNICIPIOS&subEspacio= [↑](#footnote-ref-13)
13. Ibíd. [↑](#footnote-ref-14)
14. Ibíd. [↑](#footnote-ref-15)
15. El artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993, los define así: «Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden». [↑](#footnote-ref-16)
16. El Consejo de Estado ha destacado sus características: «[…] la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado como características propias del contrato de concesión que: i) dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y que v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de octubre de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 53.477). [↑](#footnote-ref-17)
17. «Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal» (Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). [↑](#footnote-ref-18)
18. Así, en la Sentencia C-300 de 2012, la Corte Constitucional indicó: «[...], en la sentencia C-949 de 2001, la Corte declaró inexequible la expresión “automática” del artículo 36 de la ley 80, en tanto autorizaba la prórroga automática de los contratos de concesión de telecomunicaciones. A juicio de la Corte, la prórroga automática de dichos contratos por un lapso igual al del contrato inicial, vulneraba el principio de libre concurrencia y restringía la igualdad de oportunidades para acceder al espectro electromagnético, lo que constituía un desconocimiento de los artículos 333 y 75 superiores. La Corte sostuvo:

»“En efecto, aún cuando en materia de la contratación estatal el legislador está dotado de un amplio margen de configuración normativa, que en principio lo habilitaría para diseñar mecanismos que le permitan a las entidades estatales lograr  la continuidad en la prestación de los servicios públicos -como  el de la prórroga de  los contratos de concesión  para la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones-, no encuentra la Corte una justificación objetiva y razonable para restringir mediante la medida cuestionada el derecho a la libre competencia de los demás oferentes que se encuentren condiciones técnicas y financieras para desarrollar este objeto contractual.”

»[...]

»Por razones similares, en la sentencia C-068 de 2009, la Corte declaró inexequible, entre otras, la expresión “y sucesivamente” contenida en el inciso primero del artículo 8º de la ley 1º  de 1991, en tanto permitía la prórroga sucesiva de los contratos de concesión portuaria sin limitación en términos de número. A juicio de la Corte, la prórroga sucesiva desconoce los derechos a la participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica, “(…) pues benefician en términos desproporcionados al concesionario parte en el contrato inicial, al privar de su ejercicio efectivo a quienes no participaron o no resultaron escogidos en el proceso que culminó con su otorgamiento, así como a nuevos oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria”». [↑](#footnote-ref-19)
19. Al respecto, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 52.666 y Sentencia del 31 de julio de 2014. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Expediente: 21.184. [↑](#footnote-ref-20)
20. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 52.666. [↑](#footnote-ref-21)