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.

**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.

**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen jurídico**

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto. Bien puede una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sujeto a la Ley 80 de 1993 a menos que la entidad ejecutora ̶ entidad con régimen especial ̶ desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o que la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

**CONTRATO DE CONCESIÓN – Alumbrado público – Ley 143 de 1994 – Libre concurrencia**

[…] a pesar de que los municipios y distritos pueden entregar en concesión la prestación del servicio de alumbrado público y de que las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden ser concesionarias, el artículo 55 de la Ley 143 de 1994 obliga a que el contrato de concesión sea el resultado de un procedimiento que garantice la presentación pública de ofertas. Por lo tanto, si bien, acudiendo al criterio orgánico, el contrato de concesión que llegare a celebrar una empresa prestadora de servicios públicos de naturaleza oficial con un municipio o distrito, para encargarse del servicio de alumbrado público, puede calificarse como un contrato interadministrativo, debe ser el resultado de un procedimiento de selección plural. En consecuencia, al existir norma especial en el artículo 55 de la Ley 143 de 1994, no puede aplicarse la causal de contratación directa del artículo 2º, numeral 4º, literal c) de la Ley 1150 de 2007.

Bogotá D.C., **16/03/2021 07:14:36**



Señor

**Gustavo Alfonso Feria Núñez**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 077 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Operadores autorizados – Modelo económico / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen contractual – Derecho privado – Excepciones / CONCESIÓN – Definición – Tipo contractual / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen jurídico / CONTRATO DE CONCESIÓN – Alumbrado público – Ley 143 de 1994 – Libre concurrencia. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210203000834 |

Estimado señor Feria:

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 2 de febrero del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta, relacionada con el artículo 4 del Decreto 2424 de 2006, compilado por el Decreto 1073 de 2015: «un municipio, a través de un contrato interadministrativo, puede entregar en concesión el servicio de alumbrado público a una empresa de servicios públicos domiciliario de naturaleza pública?» (sic).

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) quiénes pueden ser operadores de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, ii) régimen contractual aplicable a dichos operadores, en vigencia de la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001, iii) definición y régimen de los contratos interadministrativos y iv) posibilidad de celebrar un contrato interadministrativo para entregar en concesión el servicio de alumbrado público a una empresa prestadora de servicios públicos de naturaleza oficial.

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 y C-718 del 17 de diciembre 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 establece 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, que 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. Contratos interadministrativos. Concepto y régimen jurídico aplicable**

Los procedimientos contractuales mediante los cuales las entidades ejecutan recursos públicos y satisfacen el interés general se rigen por la normativa de contratación pública ―Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015―, que contiene los principios, reglas y procedimientos que rigen los contratos de las entidades estatales. Específicamente, el Estatuto General de Contratación de la Contratación Pública ―Ley 80 de 1993― se aplica a las entidades estatales relacionadas en el artículo 2[[8]](#footnote-9), con lo cual se puede determinar quiénes deben cumplir los principios y obligaciones señalados en las normas citadas.

Los procedimientos de contratación se estructuran a partir de las modalidades de selección, y al hacer una revisión de las normas citadas se observa que contienen los procedimientos para adelantarlas y las reglas de cada modalidad: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía[[9]](#footnote-10). La exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 explica las razones por las cuales se establecieron las modalidades de selección: «A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente, es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto».

Sobre la tipología de convenio interadministrativo, es bueno señalar que fue creado en la Ley 80 de 1993, y aunque no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[10]](#footnote-11). De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015, ello no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto. Bien puede una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sujeto a la Ley 80 de 1993 a menos que la entidad ejecutora ̶ entidad con régimen especial ̶ desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o que la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad[[11]](#footnote-12).

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha Ley, deba adelantarse un procedimiento amplio[[12]](#footnote-13). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que conste por escrito[[13]](#footnote-14). Por ello, si ambas partes son entidades estatales, pueden celebrar convenios interadministrativos porque las disposiciones que regulan esta tipología hacen referencia a la calidad de los sujetos que intervienen en la contratación, que deben ser entidades estatales o de derecho público.

La Corte Constitucional expresó en la Sentencia C–671 de 2015 ̶ en control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 1773 de 2015, «Por el cual se autoriza la celebración de convenios administrativos para la ejecución de recursos públicos por parte de algunas entidades territoriales» ̶ sobre la naturaleza de los convenios interadministrativos, que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública».

Así las cosas, atendiendo a la literalidad de las normas enunciadas, no cabe una interpretación diferente[[14]](#footnote-15), pues de acuerdo con lo anotado esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[…]se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[15]](#footnote-16).

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, pues comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección.

Si bien la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades estatales pueden celebrar contratos o convenios interadministrativos de manera directa, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, la misma establece excepciones a esta regla, la cual está condicionada a que ciertas tipologías contractuales sean ejecutadas por las entidades estatales allí previstas. Nótese que, pese a tratarse de entidades del Estado, la Ley no restringió su denominación de contrato interadministrativo, sino que exceptuó el procedimiento de selección del contratista. Asimismo, hay otras excepciones a la celebración de contratos interadministrativos, como la contemplada en el último párrafo del literal c, numeral 4, artículo 2 ibidem: «Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales».

Así las cosas, la Ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa. Solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso en el que sea posible la participación de los interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa, pues, como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, de la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

**2.4. Posibilidad de celebrar un contrato interadministrativo con una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial para entregarle en concesión el servicio de alumbrado público**

Los municipios y distritos tienen a su cargo la prestación del *servicio de alumbrado público*[[16]](#footnote-17), que se define en el artículo 1 del Decreto 943 de 2018 –el cual modificó el artículo 2.2.3.1.2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015–, en los siguientes términos:

Servicio público no domiciliario de iluminación, inherente al servicio de energía eléctrica, que se presta con el fin de dar visibilidad al espacio público, bienes de uso público y demás espacios de libre circulación, con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural de un municipio o distrito, para el normal desarrollo de las actividades.

El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía eléctrica al sistema de alumbrado público, la administración, operación, mantenimiento, modernización, reposición y expansión de dicho sistema, el desarrollo tecnológico asociado a él, y la interventoría en los casos que aplique.

Parágrafo. No se considera servicio de alumbrado público la semaforización, los relojes digitales y la iluminación de las zonas comunes en las unidades inmobiliarias cerradas o en los edificios o conjuntos de uso residencial, comercial, industrial o mixto, sometidos al régimen de propiedad horizontal, la cual estará a cargo de la copropiedad.

Se excluyen del servicio de alumbrado público la iluminación de carreteras que no se encuentren a cargo del municipio o distrito, con excepción de aquellos municipios y distritos que presten el servicio de alumbrado público en corredores viales nacionales o departamentales que se encuentren dentro su perímetro urbano y rural, para garantizar la seguridad y mejorar el nivel de servicio a la población en el uso de la infraestructura de transporte, previa autorización de la entidad titular del respectivo corredor vial, acorde a lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 1682 de 2013.

Tampoco se considera servicio de alumbrado público la iluminación ornamental y navideña en los espacios públicos, pese a que las Entidades Territoriales en virtud de su autonomía, podrán complementar la destinación del impuesto a dichas actividades, de conformidad con el parágrafo del artículo 350 de la Ley 1819 de 2016.

El artículo 2.2.3.6.1.2. del Decreto 1073 de 2015, modificado por el artículo 4 del Decreto 943 de 2018, establece que si bien los municipios y distritos son los responsables directos del servicio de alumbrado público, pueden conceder su prestación a empresas de servicios públicos domiciliarios. En efecto, dicha norma dispone, en lo pertinente:

Los municipios o distritos son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público, el cual podrán prestar de manera directa, o a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público que demuestren idoneidad en la prestación del mismo, con el fin de lograr un gasto financiero y energético responsable.

De conformidad con lo anterior, los municipios o distritos deberán garantizar la continuidad y calidad en la prestación del servicio de alumbrado público, así como los niveles adecuados de cobertura.

[…]

Por su parte, en cuanto al régimen de contratación aplicable a los contratos celebrados por los municipios y distritos con terceros para la prestación del servicio de alumbrado púbico, el artículo 2.2.3.6.1.4. del referido Decreto dice que la normativa que regula dicha materia es la del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Así lo señala la norma: «Los contratos relacionados con la prestación del servicio de alumbrado público que suscriban los municipios o distritos con los prestadores del mismo, se regirán por las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y demás normas que lo modifiquen, adicionen o complementen, incluyendo los instrumentos de vinculación de que trata la Ley 1508 de 2012 o la disposición que la modifique, complemente o sustituya». Esto significa que aplica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que, entre otros tipos contractuales, define el contrato de concesión –como más adelante se explicará–, así como el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que regula los procedimientos de selección.

Habiendo precisado que los municipios y distritos pueden contratar con empresas de servicios públicos domiciliarios la prestación del servicio de alumbrado público, según lo establecido en el Decreto 1073 de 2015, modificado por el Decreto 943 de 2018, es importante señalar que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública prevé expresamente la posibilidad de que, para tal finalidad, se utilice la tipología del contrato de concesión. Dicho de otro modo, los municipios y distritos pueden entregar en concesión la prestación del servicio de alumbrado público, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 29 de la Ley 1150 de 2007, a cuyo tenor:

Todos los contratos en que los municipios o distritos entreguen en concesión la prestación del servicio de alumbrado público a terceros, deberán sujetarse en todo a la Ley 80 de 1993, contener las garantías exigidas en la misma, incluir la cláusula de reversión de toda la infraestructura administrada, construida o modernizada, hacer obligatoria la modernización del Sistema, incorporar en el modelo financiero y contener el plazo correspondiente en armonía con ese modelo financiero. Así mismo, *tendrán una interventoría idónea*. Se diferenciará claramente el contrato de operación, administración, modernización, y mantenimiento de aquel a través del cual se adquiera la energía eléctrica con destino al alumbrado público, pues este se regirá por las Leyes 142 y 143 de 1994. La Creg regulará el contrato y el costo de facturación y recaudo conjunto con el servicio de energía de la contribución creada por la Ley 97 de 1913 y 84 de 1915 con destino a la financiación de este servicio especial inherente a la energía. Los contratos vigentes a la fecha de la presente ley, deberán ajustarse a lo aquí previsto (cursiva fuera de texto).

Como se observa, uno de los requisitos establecidos para la celebración de los contratos de concesión que tengan por objeto la prestación del servicio de alumbrado público es que cuenten con una interventoría idónea. La interventoría se define en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 como: «[…] el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen». Sin embargo, la misma norma permite que dentro del objeto del contrato de interventoría se incluya el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable y jurídico, cuando así lo justifique la entidad estatal.

La concesión ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos, pues con su celebración 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[[17]](#footnote-18).

Por tanto, en la concesión 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[[18]](#footnote-19), tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional[[19]](#footnote-20). 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.

Según se indicó anteriormente, el artículo 29 de la Ley 1150 de 2007, en armonía con el artículo 2.2.3.6.1.2. del Decreto 1073 de 2015, permite que los municipios y los distritos celebren contratos de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público. De estas disposiciones normativas también se deduce que las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden ser concesionarias de dicha actividad. Ahora bien, para determinar el procedimiento de selección que debe efectuarse para poder suscribir el correspondiente contrato de concesión, tales normas deben complementarse con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 143 de 1994, que establece:

Mediante el contrato de concesión, la Nación, el departamento, el municipio o distrito competente podrán confiar en forma temporal la organización, prestación, mantenimiento y gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad a una persona jurídica privada o pública o a una empresa mixta, la cual lo asume por su cuenta y riesgo, bajo la vigilancia y el control de la entidad concedente.

La vigilancia y control del concedente no obsta para que el Ministerio de Minas y Energía, así como otros organismos estatales ejerzan sus facultades legales de regulación, fiscalización, control y vigilancia.

El concesionario del servicio de electricidad deberá sujetarse a las disposiciones legales que le sean aplicables; y a lo dispuesto en el respectivo contrato de concesión.

El concesionario deberá reunir las condiciones que requiera el respectivo servicio, de acuerdo con los reglamentos que expida el Ministerio de Minas y Energía. *El otorgamiento de la concesión se hará mediante oferta pública a quien ofrezca las mejores condiciones técnicas y económicas para el concedente y en beneficio de los usuarios*.

Lo anterior sin perjuicio de otras modalidades contractuales viables en concordancia con el artículo [10](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0143_1994.html#10) de la presente Ley (cursiva fuera de texto).

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha interpretado el citado artículo 55 de la Ley 143 de 1994 como una norma aplicable a la celebración del contrato de concesión del servicio de alumbrado público por parte de los municipios y distritos, afirmando que, según lo establecido en el cuarto inciso, la autoridad concedente debe realizar un procedimiento que garantice la libre concurrencia, lo que se opone a la contratación directa. En tal sentido, el alto tribunal indicó que «[…] la Ley 143 hizo relación al contrato de concesión del servicio de alumbrado público. Adicionalmente se observa que la Ley 143 sometió la adjudicación del contrato de concesión a oferta pública, pero en manera alguna se separó el referido contrato de la aplicación de la Ley 80 de 1993, en materia de los principios de la contratación estatal»[[20]](#footnote-21).

En reciente concepto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sostuvo la misma tesis de la Sección Tercera del Consejo de Estado y que en esta ocasión adopta la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, al indicar:

En todo caso, y dado que según el artículo 29 de la Ley 1150 de 2007, los contratos en los que se entregue en concesión la prestación del servicio no domiciliario de alumbrado público, deben realizarse a través de los procedimientos de licitación a que se refiere la Ley 80 de 1993, creemos que la autorización que se dé al Alcalde debe contemplar la posibilidad de que este desarrolle todos los actos orientados a la selección del contratista que se encargará del servicio, y no la del Contrato que finalmente se celebre, pues éste dependerá del desarrollo de la licitación y de la oferta que se acepte por parte del ente territorial, previo a la suscripción del contrato. La mayor o menor amplitud de tal autorización, así como el mayor o menor sustento técnico y financiero del respectivo proyecto, dependerá de lo que decidan al respeto tanto la administración municipal como el respectivo Concejo[[21]](#footnote-22).

Así, a pesar de que los municipios y distritos pueden entregar en concesión la prestación del servicio de alumbrado público y de que las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden ser concesionarias, el artículo 55 de la Ley 143 de 1994 obliga a que el contrato de concesión sea el resultado de un procedimiento que garantice la presentación pública de ofertas. Por lo tanto, si bien, acudiendo al criterio orgánico, el contrato de concesión que llegare a celebrar una empresa prestadora de servicios públicos de naturaleza oficial con un municipio o distrito, para encargarse del servicio de alumbrado público, puede calificarse como un contrato interadministrativo, debe ser el resultado de un procedimiento de selección plural. En consecuencia, al existir norma especial en el artículo 55 de la Ley 143 de 1994, no puede aplicarse la causal de contratación directa del artículo 2º, numeral 4º, literal c) de la Ley 1150 de 2007.

**3. Respuesta**

«un municipio, a través de un contrato interadministrativo, puede entregar en concesión el servicio de alumbrado público a una empresa de servicios públicos domiciliario de naturaleza pública?» (sic).

El artículo 2.2.3.6.1.2. del Decreto 1073 de 2015 establece que si bien los municipios y distritos son los responsables directos del servicio de alumbrado público, pueden conceder su prestación a empresas de servicios públicos domiciliarios.

Sin embargo, a pesar de que los municipios y distritos pueden entregar en concesión la prestación del servicio de alumbrado público y de que las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden ser concesionarias, el artículo 55 de la Ley 143 de 1994 obliga a que el contrato de concesión sea el resultado de un procedimiento que garantice la presentación pública de ofertas. Por lo tanto, si bien, acudiendo al criterio orgánico, el contrato de concesión que llegare a celebrar una empresa prestadora de servicios públicos de naturaleza oficial con un municipio o distrito, para encargarse del servicio de alumbrado público, puede calificarse como un contrato interadministrativo, debe ser el resultado de un procedimiento de selección plural. En consecuencia, al existir norma especial en el artículo 55 de la Ley 143 de 1994, no puede aplicarse la causal de contratación directa del artículo 2º, numeral 4º, literal c), de la Ley 1150 de 2007.

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 Navarro Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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. Ley 80 de 1993: «Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

»1. Se denominan entidades estatales:

»a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

»b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos». [↑](#footnote-ref-9)
9. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa [...]». [↑](#footnote-ref-10)
10. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

»Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-11)
11. Ley 1150 de 2007, artículo 2, literal 4, numeral c, modificada por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. [↑](#footnote-ref-12)
12. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-13)
13. Ley 80 de 1993: «Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

[…]». [↑](#footnote-ref-14)
14. Código Civil: «Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu». [↑](#footnote-ref-15)
15. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-16)
16. El artículo 4º del Decreto 943 de 2018 dispone: «Los municipios o distritos son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público, el cual podrán prestar de manera directa, o a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público que demuestren idoneidad en la prestación del mismo, con el fin de lograr un gasto financiero y energético responsable.

»De conformidad con lo anterior, los municipios o distritos deberán garantizar la continuidad y calidad en la prestación del servicio de alumbrado público, así como los niveles adecuados de cobertura.

»Parágrafo 1. La modernización, expansión y reposición del sistema de alumbrado público debe buscar la optimización de los costos anuales de inversión, suministro de energía y los gastos de administración, operación, mantenimiento e interventoría, así como la incorporación de desarrollos tecnológicos. Las mayores eficiencias logradas en la prestación del servicio que se generen por la reposición, mejora, o modernización del sistema, deberán reflejarse en el estudio técnico de referencia.

»Parágrafo 2. Los municipios o distritos tendrán la obligación de incluir en rubros presupuestales y cuentas contables, independientes, los costos de la prestación del servicio de alumbrado público y los ingresos obtenidos por el impuesto de alumbrado público, por la sobretasa al impuesto predial en caso de que se establezca como mecanismo de financiación de la prestación del servicio de alumbrado público, y/o por otras fuentes de financiación. Cuando el servicio sea prestado por agentes diferentes a municipios o distritos, estos agentes tendrán la obligación de reponer al ente territorial la información para dar cumplimiento a este parágrafo». [↑](#footnote-ref-17)
17. 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-18)
18. 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-19)
19. «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-20)
20. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de febrero de 2015. Consejero Ponente: Hernan Andrade Rincón (E). Expediente: 33395. [↑](#footnote-ref-21)
21. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 626 de 2020. [↑](#footnote-ref-22)