**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**

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., 5-2-2020

**N° Radicado: 2202013000000704**

Señor

**Edwin López Fuentes**

Ciudad

**Concepto C ─ 027 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 # 4202012000000018. |

Estimado señor López,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ─ Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 2 de enero 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 formula 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 desarrollar el problema planteado, se explicará brevemente, 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[[1]](#footnote-1). 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-2).

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 expresaos 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-3).

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-4).

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[[5]](#footnote-5).

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-6).

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[[7]](#footnote-7):

|  |  |
| --- | --- |
| **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 un derecho privado puro, pues este se encuentra dominado por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209[[8]](#footnote-8) y 267[[9]](#footnote-9) de la Constitución. Así lo prevé el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[[10]](#footnote-10).

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[[11]](#footnote-11).

**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 de este concepto, 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[[12]](#footnote-12).

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[[13]](#footnote-13).

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, […]»[[14]](#footnote-14), 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[[15]](#footnote-15). Sin embargo, esta discusión quedó zanjada 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.

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,



Proyectó: Cristian Andrés Díaz Díez

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-1)
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-2)
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-3)
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-4)
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-5)
6. 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-6)
7. Al respecto, puede consultarse el texto de MARÍN CORTÉS, Fabián G. Los servicios semipúblicos domiciliarios. Bogotá: Temis, 2010. pp. 355-371. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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-8)
9. 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-9)
10. 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-10)
11. MARÍN, *Op.cit*. p. 125. [↑](#footnote-ref-11)
12. Concepto 272 de 2013. Radicado 20135290202702. En sitio web: https://normograma.info/ssppdd/docs/concepto\_superservicios\_0000272\_2013.htm [↑](#footnote-ref-12)
13. 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-13)
14. 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-14)
15. 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-15)