



SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

CONCEPTO 194 DE 2022

(abril 25)

Bogotá, D.C.,

Señor

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

REF. Solicitud de concepto⁽¹⁾

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1369 de 2020⁽²⁾, la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superservicios es competente para “...*absolver las consultas jurídicas externas relativas al régimen de los servicios públicos domiciliarios*”.

ALCANCE DEL CONCEPTO

Se precisa que la respuesta contenida en este documento corresponde a una interpretación jurídica general de la normativa que conforma el régimen de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual los criterios aquí expuestos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, tal como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011⁽³⁾, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁽⁴⁾.

Por otra parte, la Superservicios no puede exigir que los actos o contratos de un prestador de servicios públicos domiciliarios se sometan a su aprobación previa, ya que de hacerlo incurriría en una extralimitación de funciones, así lo establece el párrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

CONSULTA

A continuación, se transcribe la consulta elevada:

“(...) el municipio a finales del mes de enero teniendo en cuenta la contingencia a nivel de contratación generada por la implementación de la plataforma SECOP 2 y el inicio de la ley de garantías para las elecciones presidenciales, suscribió contratos con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

De acuerdo al concepto, la transferencia de subsidios se realiza en función de la cuenta de cobro o factura que remita la entidad prestadora; ¿Respecto al giro que se debe hacer por el mes de enero, este debe hacer sin estar condicionado al día en el que se realizó la firma del contrato?

Otra inquietud que nos surge teniendo en cuenta el principio de anualidad en la contratación, es la siguiente: en el mes de diciembre las empresas pasan sus cuentas de cobro a mediados o finales del mes, haciendo una 'proyección del consumo de los últimos días, y en el mes de enero del siguiente año se realiza el ajuste pertinente en el nuevo proceso de contratación, cual puede ser otra opción para el pago de los subsidios en el último mes del año.’’ (SIC)

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Constitución Política

Ley 142 de 1994(5)

Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015(6)

Concepto Unificado N° 25 de 2013 (actualizado el 19 de enero de 2021)

Concepto SSPD 653 de 2017

Concepto SSPD 86 de 2022

CONSIDERACIONES

Previo a pronunciarnos sobre los temas consultados, es preciso recordar que a través de la instancia de consulta no es posible que esta Oficina Asesora Jurídica se pronuncie sobre situaciones de carácter particular y concreto como la aludida, toda vez que los conceptos constituyen orientaciones que no comprometen la responsabilidad de la Superintendencia, al no tener carácter obligatorio o vinculante, siendo que se emiten conforme con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, introducido por sustitución por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.

En claro lo anterior, y con relación al tema de la celebración de contratos, convenios o acuerdos para la transferencia de subsidios, durante el período de aplicación de la Ley de Garantías, es importante recordar lo manifestado por esta Oficina al respecto, a través del Concepto SSPD 86 de 2022:

“(...) Ahora bien, el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 admite unas excepciones que permiten la celebración de convenios interadministrativos específicos. De manera particular, esta Oficina tuvo la oportunidad de pronunciarse a través del concepto SSPD-OJ-2021-704 en el que se refirió a la aplicación de la Ley de

Garantías a los convenios interadministrativos para la transferencia de recursos correspondientes a subsidios y contribuciones. En el concepto mencionado se manifestó lo siguiente:

'Esta Oficina considera que aquellos acuerdos, convenios e instrumentos necesarios para garantizar la prestación de los servicios públicos, así como los contratos que se suscriben entre la empresa y el usuario con el fin de asegurar dicha prestación, deben ser interpretados a la luz de principios y fines que son superiores a los que persigue la propia Ley 996 de 2005, tales como la esencialidad de los servicios públicos domiciliarios, que precisamente busca evitar que la interrupción de esos servicios afecte o vulnere derechos fundamentales de las personas y que se cumplan los cometidos constitucionales y legales'.

(...) Conforme con lo señalado, la celebración de los contratos o convenios de transferencia entre los entes territoriales y los prestadores de servicios públicos constituye una obligación legal de la cual no pueden apartarse, acuerdos cuya naturaleza no se encuentra tipificada ni en el derecho público ni en el derecho privado, por lo que constituyen una modalidad especial de contratación.

En este sentido, y teniendo en cuenta que la exigencia de la celebración de estos contratos, convenios o acuerdos de transferencia, fue consagrada por el legislador con el propósito de realizar la transferencia de los recursos presupuestales aludidos, para subsidiar a los usuarios de menores recursos, es dable concluir, que ni los contratos de transferencia de recursos para subsidios, ni los contratos de servicios públicos domiciliarios, pueden dejar de ser celebrados, teniendo en cuenta que la esencialidad de dichos servicios tiene su sustento en normas de orden constitucional, prevalentes sobre normas de inferior jerarquía.

Ello se corrobora con lo mencionado, en cuanto a la naturaleza de estos convenios de transferencia, ya que por el hecho de no encontrarse tipificados ni en el derecho público, ni en el derecho privado, y por constituir una modalidad especial de contratación, no les aplica las previsiones de la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones que rigen la contratación estatal (...)” (Negrilla propias)”

En segundo lugar, se procederá a abordar algunos aspectos referentes al régimen de subsidios y contribuciones, para lo cual se trae a colación lo dispuesto en los artículos 367 y 368 de la Constitución Política, que establecen:

“Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos (...)”

“Artículo 368. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.” (Subrayas fuera del texto)

En desarrollo de estas disposiciones constitucionales, el numeral 14.29 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, define los subsidios como: *“la diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de éste, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe”*.

Al respecto es de precisar, que los recursos que cubren esta diferencia provienen de dos fuentes: (i) del cobro de la contribución de solidaridad, a cargo de los usuarios de estratos 5 y 6 e industriales y comerciales, la cual, para el sector de acueducto, alcantarillado y aseo, constituye un tributo del orden territorial, mientras que, para el sector de energía eléctrica y gas combustible, tiene el carácter de tributo del orden nacional; y (ii) de las apropiaciones presupuestales que realizan las entidades mencionadas en el artículo 368 de la Constitución Política, con la finalidad de efectuar inversión social, para compensar la capacidad de pago de los usuarios de menores recursos económicos.

Lo anterior se corrobora con lo dispuesto en el numeral 5.3 del artículo 50 de la Ley 142 de 1994, que establece dentro de las competencias de los municipios en materia de servicios públicos domiciliarios, la de disponer el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos con cargo al presupuesto del ente territorial, subsidios que se otorgan a los usuarios de estos servicios, a través de la factura que emite el prestador de los mismos.

De igual manera, a través del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, fue desarrollada la aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos, norma que dispuso la creación de los “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos” - FSRI, con el propósito de incorporar al presupuesto del municipio la transferencia de las sumas recaudadas por concepto de contribuciones, que deben efectuar los prestadores a dichos fondos, de acuerdo con lo establecido en el numeral 89.2. del artículo mencionado. Estos recursos depositados en los fondos correspondientes tienen una destinación específica, que es la de subsidiar una parte del valor de los servicios públicos domiciliarios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, en virtud de lo dispuesto en el numeral 99.7 del artículo 99 de la Ley 142 de 1994.

Así mismo, el numeral 99.8 del artículo 99 *ibídem*, señala con respecto a la transferencia de los recursos presupuestales para subsidios, lo siguiente:

“Artículo 99. Forma de subsidiar. *Las entidades señaladas en el artículo 368 de la Constitución Política podrán conceder subsidios en sus respectivos presupuestos de acuerdo a las siguientes reglas:*

(...) 99.8. Cuando los Concejos creen los fondos de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos y autoricen el pago de subsidios a través de las empresas pero con desembolsos de los recursos que manejen las tesorerías municipales, la transferencia de recursos se hará en un plazo de 30 días, contados desde la misma fecha en que se expida la factura a cargo del municipio. Para asegurar la transferencia, las empresas firmarán contratos con el municipio. (...)” (Subrayas fuera de texto).

Conforme con lo indicado, la celebración de los contratos o convenios para garantizar la transferencia de recursos destinados al otorgamiento de subsidios, es una obligación consagrada constitucional y legalmente a cargo de las entidades territoriales y de los prestadores de estos servicios públicos domiciliarios, y por ende, de obligatorio cumplimiento para las partes mencionadas, ya que a través del mismo, no solo se asegura la transferencia de los recursos por parte del ente territorial, sino el manejo de los mismos por parte de los prestadores del servicio.

Sumado a lo anterior, los artículos 2.3.4.1.2.10 y 2.3.4.1.2.11 del Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015, establecen lo siguiente:

“Artículo 2.3.4.1.2.10. Transferencias efectivas de las entidades prestadoras de los servicios públicos. Las transferencias efectivas de dinero de las entidades prestadoras de servicios públicos a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos por concepto de “aportes solidarios” sólo ocurrirán cuando se presenten superávits, después de aplicar internamente los recursos necesarios para otorgar subsidios.

La entidad territorial y la empresa prestadora de servicios públicos definirán el mecanismo más idóneo para garantizar que la transferencia de que trata el inciso anterior se haga efectiva, estableciendo entre otros, los intereses de mora por el no giro oportuno.

Los superávits en empresas privadas o mixtas prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, se destinarán a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del municipio, distrito o departamento correspondiente, y serán transferidos mensualmente, de acuerdo con los mecanismos que establezca la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. (Decreto 565 de 1996, art. 10).”

“Artículo 2.3.4.1.2.11. Transferencias de dinero de las entidades territoriales. *Las transferencias de dinero de las entidades territoriales a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos por concepto de subsidios, deberán ser giradas a la entidad prestadora del servicio público para la aplicación de los subsidios, en un plazo de treinta días, contados desde la misma fecha en que la entidad prestadora expida la factura a cargo del municipio (artículo 99.8 de la Ley 142 de 1994).*

Para asegurar esta transferencia, los recursos destinados a otorgar subsidios, y que provengan de las tesorerías de las entidades territoriales, deberán ceñirse en su manejo a lo que se estipule en el contrato que para el efecto debe suscribirse entre el municipio, distrito, o departamento y las entidades encargadas de la prestación de los servicios públicos, en el que, entre otros, se establecerán los intereses de mora. (Subrayado fuera de texto).

Los alcaldes y concejales deberán dar prioridad a las apropiaciones para los servicios de acueducto y alcantarillado, sobre otros gastos que no sean indispensables para el funcionamiento del ente territorial respectivo (artículo 99.5 de la Ley 142 de 1994).”

Conforme con lo indicado, es claro que la transferencia “efectiva” de dinero por parte de los prestadores de servicios públicos a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos por concepto de “aportes solidarios” sólo se efectúa cuando se presenten superávits, ya que dicha transferencia se realiza en la práctica, aplicando de forma interna los recursos recibidos para subsidios, a las facturas de los usuarios de estratos 1, 2 y 3; por tal motivo, la transferencia real del dinero al FSRI solamente ocurrirá frente a la existencia de sobrantes, es decir, de superávit.

De igual forma señala la norma que, los entes territoriales deben realizar la transferencia de los recursos para subsidios al prestador del servicio, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que el prestador expida la factura a cargo del municipio, sin que exista una fecha límite en que los prestadores deban expedir la factura correspondiente a los municipios.

Ahora, con respecto a la celebración del contrato o convenio de transferencia de subsidios, esta Oficina Asesora Jurídica mediante concepto unificado OJU-SSPD-2013-25, actualizado el 19 de enero de 2021, se pronunció en los siguientes términos:

“(…) Los recursos destinados a otorgar subsidios y que provengan de las tesorerías de las entidades territoriales, deberán ceñirse en su manejo a lo que se estipule en el contrato que para el efecto suscriba el municipio, distrito o departamento y los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, en el que, entre otras estipulaciones, se establecerán intereses de mora.

La facturación, por parte de los prestadores, es un supuesto necesario para que tengan derecho a la transferencia de los recursos, por lo que es ineludible para la entidad territorial que ha apropiado los recursos, proceder al giro de los mismos, previo recibo de la factura correspondiente.

(…)

6.1. Celebración de contratos para la transferencia de subsidios.

En lo que atañe al sector de acueducto, alcantarillado y aseo, el artículo 2.3.4.1.2.11. del Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015, reitera la previsión contenida en el numeral 99.8. del artículo 99 de la Ley 142 de 1994, que permite inferir que la suscripción de los contratos o convenios -como se denominan algunos en la práctica-, para asegurar la transferencia de recursos con el fin de otorgar subsidios, surge de una obligación legal y tiene por finalidad la transferencia de dichos recursos. Este tipo de negocio jurídico es una modalidad especial no tipificada, ni en el derecho público ni en el privado, por lo que su operatividad corresponde a la entera autonomía de las partes.

Sobre la suscripción de los convenios o contratos de esta naturaleza, ni los municipios o distritos ni los prestadores, pueden excusarse en la inexistencia de tales acuerdos contractuales, para incumplir sus obligaciones constitucionales y legales tendientes a efectuar el giro de recursos presupuestales y el consecuente otorgamiento de subsidios, puesto que tales recursos se encuentran

constitucionalmente protegidos y destinados a un fin específico, razón por la cual, si los recursos han sido apropiados por el municipio o el distrito y el prestador a través de una cuenta de cobro o una factura, le solicita el giro de estos recursos, es procedente la entrega de los mismos, aunque no se hubiere suscrito el convenio referido. Lo anterior, sin perjuicio de las actuaciones disciplinarias a que haya lugar.

No obstante, resulta importante señalar que teniendo en cuenta que dicho contrato garantiza el cumplimiento de prerrogativas constitucionales, y al margen de que prevalezca la voluntad de las partes en el acuerdo, cobros por concepto de margen de administración de dichos recursos por parte del prestador, no pueden ser trasladados a los usuarios. (...)" (Subraya fuera de texto)

Como se indica en el concepto aludido, estos contratos son una modalidad especial que no se encuentra tipificada ni en el derecho público ni en el derecho privado, y por ende, sus condiciones se encuentran sujetas a la autonomía de la voluntad de las partes que lo suscriben, la cual debe encontrarse plasmada en el texto contractual. Así las cosas, y teniendo en cuenta la naturaleza del contrato aludido, el mismo escapa a la regulación de los servicios públicos, y por tanto, la Superservicios no es la autoridad competente para pronunciarse sobre el desarrollo del mismo.

En este sentido, las condiciones o estipulaciones contractuales que las partes establezcan en el texto del acuerdo contractual, deberán contener los lineamientos especiales que estas deben atender, tanto para el manejo de los recursos presupuestales que los entes territoriales transfieren a los FSRI con destino a los subsidios, como los mecanismos que deben emplear las partes, cuando se presentan situaciones tales como las planteadas en la consulta, teniendo en cuenta lógicamente, lo que sobre el particular dispone la ley.

En todo caso, no se puede perder de vista, lo indicado por esta Oficina a través del Concepto SSPD 653 de 2017, en el que señaló "(...) *el municipio está en la obligación de realizar los giros que correspondan para suplir los periodos en que no realizó giros o para cubrir aquellos que falten en una vigencia cuando los recursos se hayan agotado, de manera que los usuarios de menores recursos, no se vean afectados de ninguna manera, por situaciones relacionadas con la falta de planeación del prestador y/o el municipio, o por eventos imprevistos, que en todo caso no son de su responsabilidad (del usuario).*"

CONCLUSIONES

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se presentan las siguientes conclusiones:

- La celebración de los contratos o convenios de transferencia de recursos para subsidios, entre los entes territoriales y los prestadores de servicios públicos, constituye una obligación legal de la cual no pueden apartarse, ya que se trata de instrumentos necesarios para garantizar la eficaz prestación de los servicios públicos. Por ende, se estima que dichos instrumentos deben ser interpretados a

la luz de principios y fines que son superiores a los que persigue la propia Ley 996 de 2005 (ley de garantías).

- Los artículos 89 y 99 de la Ley 142 de 1994 establecen criterios y reglas para otorgar los subsidios a los usuarios de menores ingresos. En ellos, se establece como obligación de los prestadores, la de realizar una estimación del monto de los recursos potenciales a recaudar por aportes solidarios, así como de los subsidios necesarios a otorgar por estrato y para cada servicio; por su parte, como obligación de los entes territoriales (municipios y distritos) se prevé la de efectuar las apropiaciones presupuestales necesarias para transferir los recursos que sean necesarios para lograr el equilibrio entre subsidios y contribuciones.

- Para efectuar la transferencia o giro de los recursos necesarios para cubrir el déficit de subsidios, los entes territoriales deben celebrar un contrato, convenio o acuerdo con los prestadores de servicios públicos domiciliarios, a través del cual se determinan los mecanismos, documentación y término para efectuar la transferencia de estos dineros. Es de señalar que la Ley 142 de 1994, no contempla causales de exoneración en el giro de los subsidios; por el contrario, su incumplimiento es constitutivo de posibles violaciones al régimen de los servicios públicos domiciliarios.

- Las condiciones o estipulaciones contractuales que las partes establezcan en el texto del acuerdo contractual, deberán contener los lineamientos especiales que estas deben atender, tanto para el manejo de los recursos presupuestales que los entes territoriales transfieren a los FSRI con destino a los subsidios, como los mecanismos que deben emplear las partes, cuando se presentan situaciones tales como las planteadas en la consulta, teniendo en cuenta lógicamente, lo que sobre el particular dispone la ley.

- La omisión en la celebración de los contratos o convenios de transferencia no es óbice para que los entes territoriales den cumplimiento al mandato superior de transferir los recursos presupuestales requeridos, ya que a través de estos, se garantiza el acceso a los servicios públicos domiciliarios de las personas de menores ingresos; ello, sin perjuicio de las consecuencias sancionatorias que tal conducta omisiva genere para las partes, ya que se trata de una obligación legal que no puede dejar de ser cumplida por estas.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la dirección electrónica <https://www.superservicios.gov.co/consulta-normativa>, donde encontrará la normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,

ANA KARINA MÉNDEZ FERNÁNDEZ

JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

<NOTAS DE PÍE DE PAGINA>

1. Radicado 20225290793692

TEMA: GIRO DE SUBSIDIOS

Subtemas: Ley de garantías

2. *“Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”.*

3. *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

4. *“Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”*

5. *“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*

6. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio”.*

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.