

CONCEPTO 681 DE 2014

(14 agosto)

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Ref. Su solicitud de concepto⁽¹⁾

Respetada doctora Vivas.

Dando cumplimiento a su solicitud de la referencia con ocasión del Auto de fecha 23 de julio de 2014 proferido por la honorable Corte Constitucional, se expone el siguiente concepto en relación con el parágrafo del Artículo 8° de la Ley 1508 de 2012.

La norma demandada en acción de inconstitucionalidad reza:

“Artículo 8°. Participación de entidades de naturaleza pública o mixta. Para la celebración y ejecución de contratos o convenios interadministrativos regidos por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 489 de 1998, que tengan por objeto el desarrollo de esquemas de asociación público privada, las entidades estatales deberán cumplir con los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión contractual previstos en la presente ley, sin desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley.

Parágrafo. Se entenderán excluidos del ámbito de aplicación establecido en la presente ley, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación inferior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%), las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas obren como contratantes.” (Subrayas fuera de texto).

Al respecto, el demandante en acción de inconstitucionalidad, hace referencia a la posibilidad que subyace para conceder diversas interpretaciones al texto resaltado, exponiendo algunas de ellas y atribuyéndoles, en su entender, sujeción o no a la Carta Política.

No obstante lo anterior, esta Superintendencia en el ámbito de sus competencias, esto es, en lo relativo a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, comparte la interpretación ofrecida por vía de concepto por parte del Departamento Nacional de Planeación mediante comunicación No. 20133220596791 del 1º de agosto de 2013 al señalar:

“De conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012, se entienden excluidos del ámbito de aplicación de dicha Ley, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios cuando éstas obren como contratantes; (...).” (Subrayas fuera de texto).

“(…). Bajo el anterior marco jurídico, las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden ser sujetos de aplicación de la citada Ley cuando actúan como contratistas, caso en el cual cuentan

con las mismas prerrogativas que la Ley otorga a las personas naturales y jurídicas de derecho privado. (...).” (Subrayas fuera de texto).

En efecto, de conformidad con el artículo [1º](#) de la Ley 1508 de 2012, las APP son contratos entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

Lo anterior implica que el propósito fundamental del esquema de APP adoptado en Colombia, consiste en un mecanismo de agrupación o empaquetamiento de los riesgos asociados a la construcción junto con aquellos asociados a la administración, operación y mantenimiento de infraestructura y los servicios que ella está llamada a prestar, garantizando con ello la satisfacción de las necesidades que originan el proyecto.

Por su parte, la Ley [142](#) de 1994 fue concebida como una ley de liberalización de los servicios públicos, tendiente a que el Estado cediera a los particulares el papel de prestador, para convertirse en un garante, a través de la intervención económica, de la prestación eficiente de dichos servicios y con ello de la consecución de los fines sociales y el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas que la Constitución política les atribuye.

De tal suerte, el régimen de servicios públicos prepondera la participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos, actividad que para ser desarrollada, requiere de la infraestructura necesaria para acometer dicha prestación a los usuarios, todo lo cual se remunera vía tarifa, estableciendo para el efecto un régimen de derecho privado de actos y contratos para los prestadores de servicios públicos, con independencia de su naturaleza jurídica, en orden a que su participación en el sector resultara en igualdad de condiciones y para lograr procedimientos más expeditos:

ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. 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.

(...).”

“ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. 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.

(...).”

De acuerdo con lo expuesto, la Ley [1508](#) de 2012 provee un escenario legal y un esquema para que el Estado pueda contar con la participación de entes particulares bajo ciertos presupuestos contractuales y de escogencia, en orden a lograr inversiones tendientes a la provisión de infraestructura y servicios asociados a ella que garanticen la satisfacción de necesidades básicas de la población.

Así, resulta evidente que cuando las entidades estatales adelantan un proceso para lograr una Asociación Público Privada, las Empresas de Servicios Públicos interesadas en obrar como contratistas en dicha APP, deben someterse al marco jurídico de la Ley [1508](#) y sus decretos reglamentarios en orden a presentar sus iniciativas o postularse, satisfaciendo para el efecto todas

las previsiones allí contenidas, en especial, someterse al régimen de contratación planteado por dicha normatividad.

De otra parte, cuando una empresa de servicios públicos obra como contratante de un esquema de asociación, esto es, que busca la participación de terceros en alguna clase de proyecto, incluso bajo las mismas premisas de una Asociación Público Privada, el parágrafo del artículo [8](#) de la Ley 1508 de 2012, las libera de someterse a dicho marco legal, y en su defecto, hacer uso del régimen privado de actos y contratos al que la Ley [142](#) de 1994 las ha sometido, que sin duda, ofrece un mayor espectro de estipulación contractual, y una mayor movilidad en escogencia de oferentes y asociados.

En otras palabras, el parágrafo del artículo 8 en comento no establece de ninguna manera una prohibición para que las empresas de servicios públicos domiciliarios actúen como contratantes bajo esquemas de asociación, sino que no las restringe a hacerlo bajo las previsiones de la Ley [1508](#) de 2012.

En consecuencia, considera esta Superintendencia que la excepción consagrada en el parágrafo de artículo [8º](#) de la Ley 1508 de 2012 es clara en su aplicación, pero no puede entenderse en un sentido restrictivo de la posibilidad para estos entes, particularmente las empresas de servicios públicos, para buscar asociarse en determinados proyectos, sino al contrario, para hacerlo bajo el régimen privado que las rige y que resulta evidentemente más amplio.

Cordialmente,

MARINA MONTES ÁLVAREZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Luis María Padilla, Asesor Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Marina Montes Álvarez – Jefe Oficina Asesora Jurídica

NOTAS AL FINAL:

1. Radicado 20145290419552

Tema: Solicitud de Concepto técnico respecto de la norma demandada en Acción Pública de Inconstitucionalidad. Expediente D-10324. Ley [1508](#) de 2012, Artículo 8 (parcial).