

# SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

## OFICINA ASESORA JURÍDICA

### CONCEPTO UNIFICADO 08

**Nota General.** Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. Teniendo en cuenta, que dicha prestación es procedente cuando por las condiciones del mercado, no hubiera otra entidad que los pudiera prestar. Así, el legislador pretendió mantener la prestación de los servicios públicos domiciliarios como actividad económica libre, y solamente en aquellos casos en que el mercado lo impide, impone a los municipios la obligación prestarlos; ello, en desarrollo del deber constitucional que tiene el Estado de asegurar su prestación continua, eficiente y universal.

**Concordancias.** [Concepto 770 de 2016.](#) [Concepto 697 de 2016.](#) [Concepto 423 de 2016.](#) [Concepto 440 de 2015.](#) [Concepto 439 de 2015.](#) [Concepto 118 de 2015.](#) [Concepto 94 de 2015.](#)

## **PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LOS MUNICIPIOS, Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS CON PARTICIPACIÓN MUNICIPAL – DIFERENCIAS ENTRE AMBAS FIGURAS.**

### **1. MARCO CONSTITUCIONAL**

A partir de la Constitución de 1991 los servicios públicos pueden ser prestados por cualquier agente, ya sea el Estado, los particulares o las comunidades organizadas, dado que el constituyente previó que la participación en la prestación de los servicios, se basará en los principios del libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, objetivos que además están en consonancia con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución, asegurando así la libre competencia económica de todos los intervinientes en la prestación de los citados servicios.

Por tal motivo, la Constitución prevé que el Estado, por mandato de la ley, debe impedir que se restrinja u obstruya la libertad económica, a la vez que debe evitar o controlar cualquier

abuso que personas o empresas hagan de su posición; en ese contexto, la intervención del Estado en el mercado de los servicios públicos debe guiarse por los fines del Estado Social de derecho.

Ahora bien, tal como se señaló anteriormente, nuestra Constitución Política, en lo que se refiere al ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada, ha establecido como regla general que las mismas son libres dentro de los límites del bien común, de tal manera que para su efectividad no pueden exigirse requisitos previos sin autorización de la ley.

En efecto, el artículo 333 de la Carta Política establece lo siguiente:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

Al referirse a los servicios públicos, el artículo 365 de nuestra Constitución Política también plasmó esa regla del artículo 333, al permitir que los mismos puedan ser prestados por el Estado, por las comunidades organizadas o por los particulares. Según dicho artículo:

“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, o, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. (...) (Subrayas y negrillas fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, en materia de prestación de servicios públicos domiciliarios, la regla general es la de la libre competencia, o técnicamente hablando, la de la libertad de entrada. Es así, como la misma Constitución señala que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares.

Existe, entonces, como regla general, un principio de libertad de entrada para la prestación de los servicios públicos, el cual es desarrollado por el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, así:

“RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO. Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta ley, según la naturaleza de sus actividades.” (La subraya es nuestra)

Según el artículo 22 citado, las empresas debidamente constituidas y organizadas, con independencia de su naturaleza oficial, privada o mixta, pueden prestar libremente los servicios públicos, sin que para ello se exija algún tipo de autorización, permiso o título habilitante. Esa libertad de entrada supone, de alguna manera, una forma de promoción de la competencia que permite que los usuarios tengan la posibilidad de elegir libremente el prestador del servicio público entre una gama de competidores, tal como lo establece el numeral 9.2 del artículo 9 de la ley 142 de 1994.

En ese sentido, es válido señalar que una empresa de servicios públicos domiciliarios, sin importar su naturaleza, puede prestar los servicios públicos propios de su objeto social, en cualquier lugar del territorio nacional.

Respecto de lo anterior, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“Al expedirse la ley, se cambia el concepto de los controles que se ejercen sobre las entidades prestadoras de servicios públicos, tradicionalmente enmarcado dentro de la concepción de que su prestación corresponde al desarrollo de una actividad administrativa pública, para reemplazarlo por el moderno que permite el acceso libre de los particulares, que obliga a que el Estado compita con ellos en igualdad de circunstancias, sin privilegios ni exclusividades, y que considera que la prestación de tales servicios no es otra cosa que el ejercicio de una actividad económica que se cumple por todos dentro de un criterio de libertad aunque sometida a la regulación, vigilancia y control del Estado, pero ya no según los mecanismos tradicionales de control sobre la actividad estatal, sino en ejercicio de la facultad constitucional que tiene el Estado de intervenir en la economía”

Ahora bien, no obstante lo dicho frente a la regla general aplicable en relación con el régimen de los servicios públicos domiciliarios, lo cierto es que constitucional y legalmente existen una serie de excepciones en relación con la misma. Es así, como por ejemplo, la Constitución Política señala, en el inciso segundo de su artículo 367, lo siguiente:

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

Entonces, según la misma Constitución, frente a la prestación DIRECTA de servicios públicos por parte de los municipios existe una regla que se constituye en excepción frente a la libertad de entrada, y que consiste en que los municipios sólo pueden entrar a prestar directamente los servicios públicos domiciliarios cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales así lo permitan y aconsejen.

Notese, sin embargo, que la Constitución no impone restricción alguna frente a la prestación indirecta de servicios públicos por parte de los municipios y del Estado en general; claramente, el artículo 365 constitucional señala que la prestación de servicios públicos por parte del Estado puede ser directa o indirecta, mientras que el artículo 367 señala que en relación con la prestación directa, esta sólo puede presentarse en unos determinados contextos normativos y fácticos.

Ahora bien, legalmente también existen restricciones al principio de libertad de entrada al mercado económico asociado a la prestación de servicios públicos domiciliarios. Es así, como por ejemplo, la Ley restringe las formas jurídicas que deben adoptar quienes presten servicios públicos (Art. 15 de la Ley 142 de 1994) e, incluso, las áreas geográficas en donde pueden prestarse dichos servicios (caso de las áreas de servicios exclusivo – Art. 40 de la Ley 142 de 1994).

De igual forma, en materia de prestación DIRECTA de servicios públicos domiciliarios por parte de entes municipales, la Ley 142 de 1994 replica lo señalado en el artículo 367 constitucional, a la vez que delimita el alcance de dicha norma, como se pasará a ver en el siguiente capítulo.

En relación con la prestación directa de servicios públicos domiciliarios por parte de municipios, el Consejo de Estado manifiesta que “esta tesis es corroborada por el artículo 6° de la ley 142 de 1994, por el cual los municipios sólo se encargarían de la prestación directa de los servicios públicos domiciliarios en aquellos casos en los que, por las condiciones del mercado, no hubiera otra entidad que los pudiera prestar. Así, el legislador pretendió mantener la prestación de los servicios públicos domiciliarios como actividad económica libre, y solamente en aquellos casos en que el mercado lo impide, impone a los

municipios la obligación prestarlos; ello, en desarrollo del deber constitucional que tiene el Estado de asegurar su prestación continua, eficiente y universal.”

## **2. CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 6 DE LA LEY 142 DE 1994.**

De acuerdo con el artículo 17 de la ley 142 de 1994, las empresas prestadoras de servicios públicos, son sociedades por acciones cuyo objeto social es la prestación de los servicios públicos domiciliarios. En ese sentido, la intención de la ley 142 es que la forma asociativa por excelencia en la prestación de esos servicios sea la prevista en el artículo 17 citado, bajo el régimen jurídico previsto en el artículo 19 de la misma ley.

Por lo dicho, no es de extrañar que la ley hubiera señalado unos plazos perentorios para que las personas que a la entrada en vigencia de la ley 142, venían prestando tales servicios, se acogieran a la fórmula del artículo 17.

Sin embargo, la ley también contempla la posibilidad de otro tipo de prestadores de servicios públicos, con otra naturaleza jurídica, específicamente:

- (i) empresas industriales y comerciales del Estado,
- (ii) organizaciones solidarias,
- (iii) productores marginales o personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas el servicio, o como complemento o consecuencia de su actividad principal y
- (iv) los municipios, en forma directa, a través de su administración central, siempre y cuando cumplan los requisitos contemplados en la ley y en la Constitución.

A continuación, se analizarán los requisitos dispuestos en el artículo 6 de la ley 142 de 1994 para que un municipio pueda prestar los servicios públicos domiciliarios de manera directa.

### **2.1. Agotamiento de los procedimientos contemplados en los numerales 1 y 2 del artículo 6 – cuando debe agotarse dicho procedimiento**

El artículo 367 de la Carta Política prevé la posibilidad de que el municipio preste directamente los servicios públicos domiciliarios cuando “las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales las permitan y aconsejen”. Esta disposición está desarrollada en el artículo 6 de la ley 142 de 1994:

Artículo 6o. Prestación directa de servicios por parte de los municipios. Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos:

6.1. Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo;

6.2. Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada;

6.3. Cuando, aún habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las Comisiones de Regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios.

6.4. Cuando los municipios asuman la prestación directa de un servicio público, la contabilidad general del municipio debe separarse de la que se lleve para la prestación del servicio; y si presta más de un servicio, la de cada uno debe ser independiente de la de los demás. Además, su contabilidad distinguirá entre los ingresos y gastos relacionados con dicha actividad, y las rentas tributarias o no tributarias que obtienen como autoridades políticas, de tal manera que la prestación de los servicios quede sometida a las mismas reglas que serían aplicables a otras entidades prestadoras de servicios públicos.

En el evento previsto en el inciso anterior, los municipios y sus autoridades quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley misma, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones y al control, inspección, vigilancia y contribuciones de la Superintendencia de

servicios públicos y de las Comisiones. Pero los concejos determinarán si se requiere una junta para que el municipio preste directamente los servicios y, en caso afirmativo, ésta estará compuesta como lo dispone el artículo 27 de ésta ley.

Cuando un municipio preste en forma directa uno o más servicios públicos e incumpla las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general, o suspenda el pago de sus obligaciones, o carezca de contabilidad adecuada después de dos años de entrar en vigencia esta Ley o, en fin, viole en forma grave las obligaciones que ella contiene, el Superintendente, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, además de sancionar los alcaldes y administradores, podrá invitar, previa consulta al comité respectivo, cuando ellos estén conformados, a una empresa de servicios públicos para que ésta asuma la prestación del servicio, e imponer una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios, para que ésta pueda operar.

De acuerdo con el artículo 336 de la Constitución Política, la autorización para que un municipio preste los servicios públicos en forma directa no se utilizará, en caso alguno, para constituir un monopolio de derecho.

El artículo transcrito, claramente señala un procedimiento para que el municipio pueda entrar a prestar de manera DIRECTA los servicios públicos domiciliarios que se requieran, teniendo en cuenta la restricción señalada en el artículo 367 constitucional. De igual forma, y aunque no lo hace de manera expresa, el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 permite identificar cuando un municipio es prestador directo.

En efecto, el numeral 6.4 del artículo citado, dispone que cuando un municipio asuma de forma directa la prestación de servicios públicos domiciliarios, la contabilidad general del ente territorial debe separarse de la que se lleve para el respectivo o los respectivos servicios, lo que permite concluir, con suma facilidad, que un municipio prestador directo es aquel que presta servicios públicos domiciliarios, a través de estructuras que comparten la personalidad jurídica del municipio, es decir, que hacen parte del sector central de la administración municipal, lo que se confirma con la lectura de los numerales 14 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, y 3 del artículo 15 de la misma obra, que señalan lo siguiente:

Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...) 14.14. Prestación directa de servicios por un municipio. Es la que asume un municipio, bajo su propia personalidad jurídica, con sus funcionarios y con su patrimonio.

(...) Artículo 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. 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. (...)

Teniendo en cuenta lo dicho, así como las diferentes normas constitucionales y legales citadas, se deduce con claridad meridiana que tanto la restricción constitucional a que se refiere el artículo 367 de la C.P., como la legal que se señala en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994, se refieren a la prestación **DIRECTA** de servicios públicos domiciliarios por parte de los municipios, es decir, a aquella que se realiza a través de la administración central de los respectivos entes territoriales.

Contrario sensu, la prestación indirecta de servicios públicos domiciliarios por parte del Estado y sus entes (entre ellos los municipios), no tiene restricción alguna, razón por la cual mal podría concluirse que para constituir una empresa municipal prestadora de servicios públicos domiciliarios se requiera agotar el procedimiento señalado en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 (salvo que el objetivo del municipio sea la prestación directa del servicio), pues dicha interpretación, además de contravenir lo expresamente señalado en dicho artículo legal (...Los municipios prestarán directamente...), sería abiertamente opuesta a lo señalado en los artículos 333, 365 y 367 constitucionales antes analizados.

Debe recordarse que la prestación indirecta por parte del municipio, aquella a la que hace referencia la norma Superior, es la que se lleva a cabo por intermedio de una entidad descentralizada, que tiene una personalidad jurídica diferente en todo a la del municipio.

Ciertamente, la Nación y las entidades territoriales pueden concurrir en la prestación de los servicios públicos; al respecto, el parágrafo 1 del artículo 17 de la Ley 142, señala que “(...) En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta ley. (...)”

De tal forma, que el municipio puede crear la empresa o participar en su creación de conformidad con el principio constitucional de libertad de empresa, consagrado en el artículo 333 de la Carta Política y 10 de la Ley 142 de 1994, teniendo en cuenta, además, lo dispuesto en el artículo 27 *ibídem* sobre participación de entidades públicas en empresas de servicios públicos domiciliarios.

Lo anterior, sin que el Estado o sus entes territoriales puedan alterar las condiciones de competencia en la prestación, otorgando ventajas a aquellas empresas oficiales o en las cuales tienen alguna participación. (Numeral 27.1 del artículo 27, Ley 142 de 1994).

Por lo tanto, si un municipio concebido como una estructura productiva y rentable, en virtud de los principios de libertad de empresa y entrada, decide participar en el mercado de los servicios públicos a través de una estructura empresarial, mal puede exigírsele el agotamiento del procedimiento previsto en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994.

En todo caso, conviene recordar que el literal e) del artículo 1.3.5.3 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 2 de la Resolución CRA 243 de 2003, señaló que los contratos que celebren las entidades territoriales y/o las personas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo con el objeto de asociarse con otras personas para la creación o transformación de personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, deben celebrarse por procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes.

El artículo en cuestión señala lo siguiente:

**ARTÍCULO 1.3.5.3 CONTRATOS QUE DEBEN CELEBRARSE POR MEDIO DE PROCEDIMIENTOS REGULADOS QUE ESTIMULAN CONCURRENCIA DE OFERENTES.** Se someterán a los procedimientos regulados de que trata esta resolución<sup>5</sup>, para estimular la concurrencia de oferentes:

(...) e. Los que celebren las entidades territoriales y/o las empresas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo, con el objeto de asociarse con otras personas para la creación o transformación de personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo, con el fin de que la empresa constituida o transformada asuma total o parcialmente la prestación del servicio respectivo y/o administre los bienes destinados de forma directa y exclusiva a la prestación del mismo y/o los ingresos recaudados vía tarifas; y/o los que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo con el objeto de transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes destinados de forma directa y exclusiva a prestar los servicios públicos, concesiones o similares y puedan cobrar tarifas a los usuarios finales, así como los que tengan por objeto transferir, a cualquier título, la administración de los bienes destinados a la prestación del servicio y/o de los ingresos recaudados vía tarifas.

Como hemos visto, una es la prestación directa de servicios públicos domiciliarios por parte de entes municipales (la que se realiza a través de la administración central del respectivo municipio), y otra,

muy diferente, la indirecta, que se realiza a través de entes descentralizados, con personería jurídica propia, organizados empresarialmente y sujetos a las reglas de constitución y funcionamiento de la Ley 142 de 1994 y demás normas constitucionales, legales, reglamentarias y regulatorias.

Ahora bien, existe otra diferencia entre el prestador directo y la empresa de servicios públicos constituida por el municipio de conformidad con las reglas de la Ley 142 de 1994 y el Código de Comercio. Dicha diferencia, tiene que ver con el manejo y entrega de la infraestructura de servicios públicos propiedad del municipio.

En efecto, mientras que el municipio prestador directo que agotó el procedimiento previsto por el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 no debe agotar ningún acto formal de entrega de la infraestructura asociada a los respectivos servicios, la empresa de servicios públicos municipal, en tanto constituye un actor más en el mercado de los servicios públicos domiciliarios, no puede recibir, con posterioridad a su creación, de manera directa la infraestructura municipal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, que señala lo siguiente:

(...) 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 registrarán 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.

De acuerdo con la norma citada, los contratos celebrados entre entes territoriales y empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (de cualquier orden y sin excepción), deben registrarse para todos los efectos por el Estatuto General de la Contratación Pública, razón por la cual no podría pretenderse que organizada una empresa por parte del municipio, se haga una entrega directa de la infraestructura municipal a dicha empresa. Entonces, si la infraestructura no es entregada como aporte social en el proceso de constitución de la empresa, en consideración a que la nueva empresa de servicios públicos municipal constituye un actor más en el mercado de los servicios públicos domiciliarios, esta no podría recibir de manera directa la infraestructura municipal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 antes citado. En ese contexto, si el municipio quiere entregar su infraestructura de prestación, deberá organizar la respectiva licitación pública, en la que su propia empresa, como cualquier otra, podrá participar en igualdad de condiciones con todas aquellas que se encuentren interesadas en hacerse a la prestación y a la infraestructura.

En este punto, es importante recordar que los procesos de selección pública de oferentes se rigen por el principio de transparencia, lo que implica que en cualquier etapa del proceso contractual, los proponentes e interesados en el proceso pueden debatir los actos administrativos y contractuales de que se compone el respectivo proceso, ante la administración misma y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

### **2.1.1. Procedimiento para realizar la invitación pública**

Habiendo hecho claridad en relación con las modalidades de prestación directa e indirecta de servicios públicos, nos concentraremos ahora en el procedimiento contenido en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994, para la prestación directa de servicios públicos domiciliarios por parte de entes municipales.

Al respecto de lo anterior, es importante señalar que no existe otra ley o un decreto reglamentario en el cual se regule de manera precisa y para todos los servicios la forma de cumplir los numerales del artículo 6 de la Ley 142 de 1994.

En esa medida, teniendo en cuenta que frente a los procedimientos de convocatoria a empresas de servicios públicos para que se ofrezcan a prestar el servicio y a otros municipios, departamentos, nación y otras entidades públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que los preste, el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 no señala ninguna restricción frente al desarrollo de los mismos, debe concluirse que los municipios pueden desarrollar las invitaciones establecidas en los numerales 6.1 y 6.2 descritos de manera secuencial o de manera conjunta dado que, en ambos casos, el objetivo de la norma se cumple a cabalidad.

No obstante lo anterior, sólo puede entenderse agotado el procedimiento previsto en el artículo 6o de la Ley 142 de 1994, cuando en un sólo acto de convocatoria un municipio invita tanto a empresas de servicios públicos ( Numeral 6.1) como a otros entes públicos y privados (Numeral 6.2), describiendo de forma completa el objeto de cada una de las convocatorias, esto es, la correspondiente a la prestación del servicio y la que se dirige a la constitución de una empresa respectivamente.

Ahora bien, en relación con los servicios regulados por la CRA, en el artículo 1 de la Resolución 271 de 2003 ésta definió la invitación pública como:

(...) “una invitación hecha por el municipio a través de los medios de divulgación de la Cámara de Comercio más cercana a la entidad, a personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, a municipios, al departamento del cual haga parte, a la Nación o a otras personas públicas o privadas, en el orden establecido en la Ley 142 de 1994, y de una publicación en periódico de amplia circulación en la zona, dirigida a las personas antes enunciadas, constituyen la invitación pública de que trata el artículo 6° de dicha ley.”

Al respecto, es importante señalar que el concepto “invitación pública” desarrollado por la CRA, se da dentro del marco de los procedimientos que estimulan la concurrencia de oferentes para la gestión de los servicios públicos, establecido en el artículo 1.3.5.1. de la Resolución 151 de 2001 de la citada Comisión de Regulación.

En el caso de los municipios menores y zonas rurales o zonas urbanas específicas, también se debe agotar el procedimiento del artículo 6, solamente que tienen más facilidad para la constitución de las empresas prestadoras, pues “las empresas de servicios públicos que operen exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores según ley”,...” podrán constituirse por medio de documento privado que debe cumplir con las estipulaciones del artículo 110 del Código de Comercio en lo pertinente, y funcionar con dos o más socios”, de conformidad con el artículo 20 de la ley 142 de 1994.

Es pertinente precisar, que lo previsto en el artículo 20 citado es facultativo y no obligatorio, y opera solo en el caso que una empresa decida acogerse a lo allí señalado; en todo lo demás que no regulé el artículo 20, deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 142 de 1994.

Por otra parte, para efectos de la aplicación del artículo 20 de la ley 142, en relación con los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico se debe tener en cuenta lo dispuesto por el Decreto 421 de 2000, el cual en su artículo 2° dispuso:

“Artículo 2°. Se consideran municipios menores los correspondientes a las categorías quinta (5ª) y sexta (6ª), definidas por los artículos 6° de la Ley 136 de 1994 y 93 de la Ley 388 de 1997.”(...)

Estás categorías fueron modificadas por el artículo 2° de la ley 617 de 2000, así:

“Quinta categoría. Todos aquellos distritos o municipios con población comprendida entre diez mil uno (10.001) y veinte mil (20.000) habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean superiores a quince mil (15.000) y hasta veinticinco mil (25.000) salarios mínimos legales mensuales.

Sexta categoría. Todos aquellos distritos o municipios con población igual o inferior a diez mil (10.000) habitantes y con ingresos corrientes de libre destinación anuales no superiores a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales.”

Con relación a la aplicación del Decreto 421 de 2000, conviene precisar que si bien es cierto reglamenta el artículo 15.4 de la ley 142 de 1994, respecto de la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento básico por parte de las comunidades organizadas en municipios menores y áreas rurales, se le puede dar aplicación por vía analógica<sup>6</sup> a la clasificación de municipios menores allí adoptada, de manera que sirva para efectos de la aplicación del artículo 20 de la Ley 142 de 1994 cuando quiera que se trate de la prestación de esos mismos servicios.

Debe resaltarse la Directiva 0015 de 2005 expedida por la Procuraduría de la Nación, mediante la cual se impuso a los alcaldes municipales y distritales la obligación de acreditar el cumplimiento de los artículos 17 y 180 de la ley 142 de 1994, mediante la inscripción del tipo de prestador en el Registro Único de Prestadores de Servicios, dispuesto en el Sistema Único de Información administrado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

El cumplimiento del artículo no se agota con el suministro de la información al sistema, sino, que incluye mantener actualizado el Registro Único de Prestadores dentro de los plazos dados por las Directivas 0015 y 005 de la Procuraduría. La inobservancia de estas obligaciones trae como consecuencia procesos disciplinarios contra los Alcaldes y Concejos Municipales.

**2.2. Existencia de estudios que permitan al municipio prestar los servicios a pesar de que existan empresas interesadas en asumir la prestación de los servicios.**

Otra posibilidad que contempla la ley 142 de 1994 para que los municipios presten directamente los servicios públicos domiciliarios es la establecida en el numeral 3 del artículo 6 de dicha ley, de acuerdo con el cual podrán hacerlo, aún habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, si la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios aprueba los estudios que demuestren que:

1. Los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a las empresas interesadas en prestar el servicio y que,

2. La calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer.

### **2.3. Prestación directa de los servicios públicos por parte del municipio.**

En el evento que los municipios presten directamente los servicios públicos domiciliarios, el Concejo Municipal debe tener en cuenta que, con base en el artículo 313 de la Constitución Política, le corresponde:

- (i) reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios públicos;
- (ii) adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas;
- (iii) autorizar al alcalde para celebrar contratos,
- (iv) dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gasto, de modo que se asegure la eficiente prestación de los servicios públicos.

Por ejemplo, los municipios podrían crear unidades administrativas dependientes de la administración municipal, presididas por juntas administrativas conformadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 27 de la ley 142 de 1994. En estos casos, el prestador directo sigue siendo el municipio. Es decir, que antes de crear la unidad u oficina correspondiente, se debe adelantar el trámite de invitación pública previsto en el artículo 6º de la ley 142 de 1994, pues, se insiste, el municipio continúa siendo prestador directo.

De otro lado, la ley de servicios públicos exige a los municipios prestadores directos, que lleve por separado la contabilidad correspondiente a la prestación del servicio y si se presta más de un servicio, la contabilidad de cada servicio debe ser independiente de las demás y

se debe distinguir entre “los ingresos y gastos relacionados con dicha actividad, y las rentas tributarias o no tributarias que obtienen como autoridades políticas”.

Lo anterior, actualmente facilita la tarea de seguimiento y control al gasto que se realice con los recursos del Sistema General de Participaciones, en los términos de la ley 1176 de 2007, el decreto reglamentario 028 de 2008 y la ley 715 de 2001.

Debe quedar muy claro, que los municipios prestadores directos están sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones de las Comisiones de Regulación. Por consiguiente, una vez agotado, el trámite de invitación del artículo 6º de la ley 142 de 1994, el municipio deberá informar el inicio de sus actividades a la comisión de regulación respectiva y a la Superintendencia de Servicios Públicos, en el caso de esta última, tal requisito se cumple con la inscripción en el Registro Único de Prestadores RUPS.

#### **2.4. Transformación de las empresas prestadoras de los servicios públicos del orden municipal.**

La ley 142 de 1994 contempló en su artículo 180 un plazo de dos años contados a partir de la expedición de la ley, para que las entidades descentralizadas que estuvieran prestando los servicios asumieran una transformación institucional de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 de dicha ley. Por consiguiente, las entidades descentralizadas tenían la posibilidad de convertirse en sociedades por acciones o en empresas industriales y comerciales del Estado del orden municipal.

Posteriormente, en el artículo 2 de la ley 286 de 1996 se fijó un término de 18 meses para dicha transformación. La interpretación de dicho artículo no ha sido unificada, ya que para esta Superintendencia el plazo para la transformación de las empresas se “prorrogó”, incluyendo el de las empresas industriales y comerciales del Estado, mientras que para el Consejo de Estado, se trata de un “nuevo” término que implicaría la obligación de transformarse únicamente en sociedades por acciones.

Según el Consejo de Estado, con la ley 286 de 1996 las condiciones del artículo 180 se modificaron por cuanto la obligación de transformarse no sólo acogió a las entidades descentralizadas sino a las demás empresas que aún no hubieran asumido el régimen del artículo 17. Además, las entidades ya no contaban con la posibilidad de escoger entre

transformarse en una empresa industrial o comercial del Estado o en sociedades por acciones; ya que simplemente debían de transformarse en empresas de servicio públicos.

Al respecto, el Consejo de Estado señaló en el Concepto 1003 de 1997 que “(...) al decir el artículo 2 de la ley 286 de 1996 “en un plazo hasta de dieciocho meses a partir de la vigencia de la presente ley” expresa la voluntad de establecer un nuevo término y no de ampliar o prorrogar el estudio en el artículo 180 de la ley 142 de 1994, como si lo hizo respecto del plazo señalado en otra norma al prescindir “ampliase el plazo en el artículo 181 de la ley 142 de 1994, hasta por seis meses (...)”.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por su lado, no ha modificado su posición frente a la prórroga del artículo 2 de la ley 286, al artículo 180 de la ley de servicios públicos domiciliarios. En efecto, se permitió que las entidades descentralizadas se transformaran en empresas industriales y comerciales del Estado hasta el 4 de enero de 1998. Esta interpretación también la aplicó la Procuraduría General de la Nación en la Directiva 0015 de 2005.

Pero, más allá de lo anterior, debe quedar claro que actualmente sólo es permitida la creación de empresas de servicios públicos, según lo establecido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994.

## **2.5 Formación de empresas nuevas**

El artículo 182 de la ley 142 de 1994, disponía:

El artículo 182 de la Ley 142 de 1994, estableció: “Cuando la nación o las entidades territoriales hayan estado prestando directamente un servicio público, deberán constituir las empresas de servicios públicos necesarias, dentro del plazo de dieciocho (18) meses contados a partir de la publicación de la presente ley, salvo en los casos contemplados en el artículo 6 de esta ley... ”.

Posteriormente, el artículo 3o de la ley 286 de 1996 dispuso:

“ARTÍCULO 3o. Cuando las entidades territoriales hayan estado prestando directamente un servicio público y no se hayan constituido en empresas de servicios públicos, según lo había establecido el artículo 182 de la Ley 142 de 1994, se les concede un plazo hasta de dieciocho (18) meses a partir de la aprobación de la presente Ley, para que se conviertan en empresas de servicios públicos.”

De acuerdo con las normas citadas, los municipios que a la entrada en vigencia de la ley 142 de 1994, estuvieran prestando directamente un servicio público, debían constituir una empresa de servicios públicos, entendiéndose sociedad por acciones, dentro de los términos allí previstos.

A partir de allí, hay que entender que el trámite del artículo 6 de la ley 142 de 1994, sólo es para efectos de que el municipio cumpla con la obligación de asegurar de manera directa la prestación eficiente de los servicios públicos en los términos del artículo 5 de la citada ley 142, lo cual se cumple invitando a empresas de servicios públicos oficiales, privadas o mixtas a que lo hagan o en última instancia a través del municipio. Adviértase además, que el artículo 6 se refiere a la invitación de empresas ya constituidas.

En conclusión, la exigencia del artículo 182 de la ley 142 de 1994, no se cumple con adelantar el trámite previsto en el artículo 6 de dicha ley; el mandato del artículo 182 es claro, tan evidente que el artículo se titula “formación de empresas nuevas”, y establece unas reglas sobre el régimen de los bienes y derechos que venían utilizando y sobre la asunción del pasivo pensional.