

**RÉGIMEN CONTRACTUAL EN LAS EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS
PÚBLICOS**

PEDRO MAURICIO BARRERO ALMARIO

Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho

**UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
ESCUELA MAYOR DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO
BOGOTÁ D.C. - 2014**

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	5
1. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO	7
2. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO.....	13
3. LAS EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PÚBLICOS DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	17
4. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES.....	19
5. POLÍTICA ESTATAL FRENTE AL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES.	21
5.1. Aplicación del impuesto de guerra a las empresas de servicios públicos oficiales.....	21
5.2. Participación de las empresas oficiales de servicios públicos como gestoras dentro de los planes departamentales de aguas.....	30
5.3. Las empresas oficiales de servicios públicos dentro del marco del estatuto anticorrupción	36
5.4. Las empresas oficiales de servicios públicos dentro del marco del estatuto anti trámite.	37
5.5. Las empresas oficiales de servicios públicos y la aplicación de la ley de garantías electorales.....	38
5.6. Los contratos interadministrativos para la aplicación de subsidios y la aplicación de la ley de garantías electorales.....	45
5.7. Los aportes bajo condicion y la aplicación de la ley de garantías electorales	46
6. CONCLUSIONES.....	47
7. BIBLIOGRAFÍA.....	49

RESUMEN

Teniendo como fundamento normativo la Constitución Política de 1991 y la legislación expedida en torno a ella, el análisis propuesto pretende determinar si el régimen contractual aplicable a las empresas oficiales de servicios públicos, se ajusta a los postulados y principios de libre competencia, no monopolios estatales consagrados en la Constitución, que le permite ejercer sus actividades en condiciones similares a los demás operadores de servicios públicos o por el contrario, se le ha impuesto a estas empresas restricciones normativas no aplicables a otras empresas de servicios públicos con naturaleza jurídica diferentes.

PALABRAS CLAVE

Servicios públicos

Servicios públicos domiciliarios

Empresas oficiales de servicios públicos

Régimen contractual

Libre competencia

Función pública

Fines del Estado

ABSTRACT

Considering the Colombian Constitution of 1991, and its normative basis and legislation around it, the proposed of this paper is to determinate the contractual regime and his ability to applicable in utility residential officials companies, conforms to the principles of Constitution in free competition, Government monopolies, and let them practice its activities in similar conditions to the other private operators of public utilities, instead this public companies has been imposed no regulatory restrictions applicable to other public utilities companies with different legal status.

KEYWORDS

Residential utilities

Public Utilities Companies

Regime contractual

Competition

Officials

Objetive´s Government

INTRODUCCIÓN

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y su Artículo 365 donde menciona que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado; el Estado colombiano adquirió un rol preponderante como prestador de los diversos servicios públicos, se constituyéndolos en uno de sus fines (C.P. Artículo 2), y por lo tanto componen un aspecto fundamental para las iniciativas legislativas como la Ley 142 de 1994 artículo 2: Intervención del Estado en los servicios públicos.

Los servicios públicos fueron catalogados unos como esenciales, otros no, pero en general, ese rol de prestador de servicios hizo que se plantearan nuevos esquemas y alternativas para la satisfacción de los mismos, ya sea en forma directa, asignándoselos a cargo de los municipios, o en forma indirecta, con la participación del sector privado, bajo esquemas de descentralización por colaboración o servicios, encaminados a alcanzar niveles de eficiencia que permitan el mejoramiento en la calidad de vida de los habitantes.

Con este nuevo panorama, los servicios públicos se deberán prestar en condiciones de libre competencia y concurrencia entre empresas oficiales, mixtas y privadas, reservándose el Estado ahora una función de planeación, regulación, control y vigilancia, para garantizar que dicha prestación se dé dentro del marco que el legislador determine.

Lo anterior, sin lugar a dudas le impuso una dinámica especial a la prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, despertando el interés del particular nacional y extranjero en este sector.

La competencia natural que surge entre los operadores de los servicios públicos implica la creación de ordenamientos jurídicos especiales que involucren sus diferentes relaciones negócias, independientemente que el prestador sea oficial, mixto o privado; haciéndose necesaria la posibilidad para que los actos y contratos que realicen los entes públicos sean suscritos bajo las mismas reglas y condiciones que aplican las empresas de derecho privado.

Es precisamente este aspecto el que centra nuestro interés, analizar si los avances normativos y reglamentarios en este campo se han enfocado en fortalecer los instrumentos para que las empresas oficiales de servicios públicos puedan desarrollar su actos y negocios jurídicos con base en la reglas del derecho privado, o por el contrario, se han establecido reglas que acercan más a estas empresas a las ritualidades que gobiernan el ejercicio de la actividad contractual para el sector oficial tradicional.

1. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

Es importante señalar que la noción de servicio público es muy amplia en la teoría del derecho administrativo, y no solo se limita a la que se pretende desarrollar en este artículo, es decir, a la que se encuentra ligada a los servicios públicos domiciliarios que prestan las empresas oficiales.

Alcanzar un concepto de servicios públicos que sea aceptado en forma pacífica por los diferentes doctrinantes resulta ser un asunto polémico, puesto que de él surgen aspectos de carácter económicos y sociales, que influyen necesariamente en las políticas públicas del Estado y en la aplicación del derecho. Se puede establecer de acuerdo con la sentencia C-066 lo siguiente:

“Si los servicios públicos en general son actividades inconfundibles e inherentes a la finalidad del estado social de derecho colombiano (artículo 365 Superior), que busca servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, no cabe duda de que aquéllos que persiguen un completo acercamiento entre los individuos y el Estado, deben ser objeto de su más honda preocupación. Son los servicios públicos domiciliarios, entendidos como una especie del género servicio público, que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocupando un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales”. (C-066/97)

Para otros doctrinantes como afirman “El servicio público constituye, la razón de ser de la administración pública.” (Montaña, 2005, Pág. 136)

Duguit, definió el servicio público como “la actividad en la cual su cumplimiento debe estar asegurado por los gobernantes, porque es tal su naturaleza que sólo puede ser realizada completamente por la intervención de la fuerza gobernante” (Duguit, 1927)

Compartimos el planteamiento propuesto por el profesor Atehortura, al considerar que: “Se trata entonces de prestaciones o facilidades que evolucionan con la sociedad y que tienen un sentido histórico y relativo; el concepto “servicio público” no posee el mismo alcance en todo momento y lugar, por lo tanto no debe afirmarse que una determinada actividad social constituya servicio público, sino que, existen unas actividades que tienen la virtud de determinar la calidad de vida individual de los ciudadanos y colectiva de desarrollo de la sociedad, por ello deben ser calificadas como servicios públicos.” (Atehortura, 2003, Pág. 39.)

Por lo tanto, resulta fundamental para considerar que una actividad se ajusta al concepto de servicio público, que la misma sea prestada a los ciudadanos y que tenga relevancia en la calidad de vida de estos.

En nuestro ordenamiento jurídico se pueden diferenciar los servicios públicos con base en su incidencia en la vida social, no en vano nos erigimos como un Estado social de derecho.

Así las cosas, entendiéndose que el servicio público tiene como objetivo o finalidad el cumplimiento de los cometidos estatales, la calificación que de ellos haga el legislador no podrá olvidar la finalidad social que con él se pretenda satisfacer, pues en ello estriba la esencia misma del Estado social de derecho.

La importancia y trascendencia que tienen para la sociedad y la comunidad en forma específica ha hecho que unos de estos tengan el carácter de servicios públicos esenciales y otros no, así lo sostiene la Corte Constitucional Sentencia C-663 de 2000 al indicar:

“El carácter esencial de un servicio público se predica cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes, a la satisfacción de intereses o a la realización de valores ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales” (C-663/00)

Ha sido precisamente la Corte Constitucional partiendo de la definición de servicio público esencial que estableció, la que ha determinado en qué casos estamos frente a estos. Sostiene la Corte en Sentencia C-473/94:

“La Constitución ha establecido dos requisitos diferentes para que se pueda excluir el derecho de huelga de una determinada actividad. En primer término, es necesario que ésta sea materialmente un servicio público

esencial. Y, en segundo término, desde el punto de vista formal, es necesario que el Legislador haya expresamente definido la actividad como servicio público esencial y restringido el derecho de huelga en ella." (C-473/94)

La Corte reconoce la competencia que tiene el legislativo para definir vía texto normativo las actividades que se consideraran como servicio público esencial, claro está, reservándose la atribución de revisar, en virtud del control constitucional que le asiste. Al respecto ha dicho en Sentencia C-075/95:

“Corresponde al Congreso de la República definir los servicios públicos esenciales, sin perjuicio de que la Corte Constitucional, posteriormente, pueda hacer uso de la potestad de ejercer el control de constitucionalidad en relación con las disposiciones legales que para el efecto se dicten. Estima la Corte que es primordial y urgente que el Legislador proceda a desarrollar el precepto constitucional, a fin de precisar las actividades constitutivas del servicio público esencial, y con el objeto de garantizar en plenitud el ejercicio del derecho de huelga en aquellas labores que no tienen esa característica.” (C-075/95)

Lo anterior no ha sido impedimento para que la alta corporación haya fijado algunos criterios para la definir lo que debe entenderse como servicio público esencial.

“La esencialidad del servicio no debe considerarse exclusivamente por el servicio mismo, esto es, por su naturaleza intrínseca, ni por la importancia de la actividad industrial, comercial o prestacional en la economía global del país y consecuentemente en relación con la magnitud del perjuicio que para ésta representa su interrupción por la huelga. Tampoco, aquélla puede radicar en la invocación abstracta de la utilidad pública o de la satisfacción de los intereses generales, la cual es consustancial a todo servicio público.” (C-450/95)

“El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales. Ello es así, en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad”. (C-450/95)

“El concepto de servicios públicos esenciales necesariamente comporta una ponderación de valores e intereses que se suscita entre los trabajadores que invocan su derecho a la huelga y los sacrificios válidos que se pueden imponer a los usuarios de los servicios”. (C-450/95)

“El derecho de los trabajadores a hacer la huelga con el fin de mejorar sus condiciones de trabajo y sociales, si bien representa un derecho constitucional

protegido, en el sentido de que contribuye a la realización efectiva de principios y valores consagrados en la Carta, no es oponible a los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios públicos, por el mayor rango que estos tienen en el ordenamiento constitucional”.

Como se mencionó en la Corte Constitucional, Sentencia C-450 de 1995:

“Es mayor el perjuicio que se causa en sus derechos fundamentales a los usuarios, cuando aquéllos son afectados, que los beneficios que los trabajadores derivan de la huelga para mejorar sus condiciones de trabajo. Es obvio, que la balanza de los intereses y derechos en conflicto debe inclinarse en favor de los derechos fundamentales.”. (C-450/95)

En consecuencia, si bien le asiste la función constitucional al legislador para establecer los preceptos normativos, no se puede desconocer el papel la Corte Constitucional en la interpretación y precisión de los mismos, quien por vía control constitucional fortalece y desarrolla el concepto de servicio público esencial.

2. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO

La noción del *servicio público domiciliario*, se encuentra estrechamente ligada a la al concepto *servicio público*, como quiera que en las dos, su finalidad es satisfacer necesidades de la comunidad, y la primera, entendida ésta, como la satisfacción de tales necesidades para sus usuarios, que los disfrutaran desde su domicilio. *Servicio público domiciliario* es una especie del genero *servicio público*.

Los servicios públicos domiciliarios se encuentran debidamente descritos en nuestro ordenamiento jurídico (Ley 142 de 1994 Artículo 1: Ámbito de aplicación de la ley y Decreto 1842 de 1991 Artículo 1: De los servicios domiciliarios) se tratan de servicios básicos y necesarios para la comunidad, reconocidos por el Constituyente, otorgándoseles una categoría especial, (C.P. Artículo 367) y por ende, requieren de la intervención del Estado, limitaciones o restricciones a la libertad de empresa y libre competencia, todo en procura de garantizar el principio de solidaridad.

Los servicios públicos domiciliarios forman partes de la representación de los derechos colectivos constitucionalmente amparados, con la prestación de estos se evidencia el verdadero desarrollo social de un Estado. A través de estos se logra alcanzar los niveles básicos y adecuados para la vida del conglomerado.

Con relación al concepto de servicio público domiciliario ha sostenido la corte:

“Se consagra en esta disposición una categoría especial de servicios públicos, los llamados "domiciliarios", que son aquellos que se prestan a través del sistema de

redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas.

Son características relevantes para la determinación del servicio público domiciliario las siguientes, a partir de un criterio finalista:

a) El servicio público domiciliario -de conformidad con el artículo 365 de la Constitución-, puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios.

b) El servicio público domiciliario tiene una "punto terminal" que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario "la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa".

c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir en concreto. Así pues, no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinado a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna.

Igualmente no es derecho constitucional fundamental cuando el suministro de agua esté destinado a la explotación agropecuaria, casos en los que se trata del establecimiento de una servidumbre de acueducto de carácter privado cuya consagración es eminentemente legal y no constitucional". (T-578/92)

“En concordancia con los artículos 365 y 367 de la Constitución se concluye, en primer lugar, que el servicio público es el género y el servicio público domiciliario

es especie de aquél. Y en segundo lugar se concluye entonces que el acueducto es un servicio público domiciliario.” (T-578/92)

“Así pues, la conexión de redes de acueducto y alcantarillado en un predio que lo habilite para ser ocupado posteriormente por las personas, no cumple con el tercer requisito relacionado con la satisfacción inmediata de las necesidades, ya que si bien se trata de un servicio público domiciliario (servicio de agua), su limitación o el incumplimiento en la prestación del servicio por el Estado, los particulares o las comunidades organizadas no constituye vulneración o amenaza de un derecho constitucional fundamental por no encontrarse vinculada directamente la persona, el ser humano, sino la persona jurídica que contrató.

La opinión pública cuestiona diariamente la ineficiente prestación de los servicios públicos, especialmente de los llamados domiciliarios, pues revelan la importancia que tienen para la paz social el acceso a ellos de todos los colombianos como una obligación del Estado.

Lo anterior impone que el papel del Estado moderno se centre en la obligación de ser el motor del desarrollo social, y de procurar a las gentes, en forma igualitaria, puedan tener las condiciones para llevar una vida digna, que, en nuestro caso, se traduce en la superación de la desigualdad y el atraso. “No hay duda de que una de las expresiones de esa nueva forma de ser del Estado, se concreta en la prestación de los servicios públicos.”. (T-578/92)

Con la nueva concepción del Estado, como Estado social de derecho, adoptándose como política económica la apertura, la prestación de los servicios públicos domiciliarios dejó de ser un monopolio estatal y se convirtió un sector más de la economía, permitiendo que frente a esta actividad se generaran verdaderas estrategias comerciales con la participación de diferentes capitales (públicos, privados y mixtos), cuya finalidad no pretende únicamente la satisfacción de necesidades comunes, sino también la posibilidad de generar dividendos a sus operadores, bajo condiciones de libre competencia regulada.

Con base en lo anterior, resulta fundamental que el Estado como ente regulador encuadre dentro de su organización social y económica las actividades que se consideraran como “**servicios públicos domiciliarios**”, tomando como fundamentos para ello entre otras condiciones la función social que le asiste, el interés social de deviene de su prestación, el sometimiento o no a un régimen especial que le permita efectuar un seguimiento estricto a las condiciones de prestación del servicio, cobertura, calidad, acceso, una regulación del régimen tarifario, entre otros factores.

3. LAS EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PÚBLICOS DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Como se detalla en la Ley 489 de 1998 en su Artículo 68, Las entidades descentralizadas, prestadoras de servicios públicos, cuyo capital es ciento por ciento estatal, vinculadas al sector central, seccional o local. “Ley 142 de 1994 Artículo: 14 Empresa de servicios públicos oficial” El profesor (Arango, 2013, Pág. 159) las denomina como *“otra categoría especial de entidad descentralizada es la que corresponde a las empresas oficiales de servicios públicos...”*

En la especialidad de estas estriba justamente el objeto de la prestación de los servicios públicos que desarrolla los postulados contenidos en la Constitución Política, que no pueden ser otros que la búsqueda constante del bienestar de la comunidad.

Ante el cambio permanente que ha sufrido el Estado con las diversas políticas a nivel mundial, dejando de ser un Estado benefactor que concentraba la gran mayoría de funciones públicas, a un Estado principalmente regulador, de control, consintiendo que bien en alianza con los particulares, o estos en forma autónoma, desempeñen funciones y actividades que le fueran anteriormente exclusivas, permitiéndoles suplir de esta manera las necesidades básicas de la comunidad mediante la prestación de los servicios públicos.

Esta dinámica implica la creación y adopción de reglas especiales para que todos los operadores puedan competir en el mercado bajo similares condiciones, logrando con ello la ampliación de coberturas, con niveles de calidad y a tarifas ajustadas a las reglamentaciones definidas por el Estado.

Si lo pretendido es que todas las empresas involucradas en el sector de los servicios públicos domiciliarios participen bajo las mismas condiciones, es necesario que independientemente de su naturaleza jurídica y capital, puedan interactuar en el mercado bajo similares condiciones, ejecutar actos y negocios jurídicos con la misma oportunidad y celeridad; ello hace entidades públicas que por regla general se encuentran sometidas a procesos contractuales reglados, complejos y estrictos, cuando tengan el carácter de empresas de servicios públicos, puedan abstraerse de ese régimen y colocarse en igualdad con las empresas operadoras cuya naturaleza jurídica es privada o mixta.

Este indudablemente, es el reto de los todos los actores del sector de los servicios públicos domiciliarios, lograr los niveles de administración, servicio y eficiencia para los usuarios independientemente de la naturaleza y régimen legal de la empresa que los presta.

4. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES

El régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios en general consagra unas reglas especiales, como quiera que contiene dos aspectos relevantes, uno que procura satisfacer la atención de las necesidades básicas de la comunidad, y otro, la competencia de las empresas del sector en similares condiciones para operar con la oportunidad y eficiencia requerida.

Con fin de equiparar esta situación entre las diversas empresas sin importar su naturaleza jurídica, se determinó la aplicación de un régimen de contratación para todas ellas, ligado precisamente a las condiciones del servicio que operan y prestan, reflejado en lo consagrado en la ley 142 de 1994, de conformidad su artículo 31, modificado por el artículo 3 de ley 689 de 2001.

De acuerdo con el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo en su sección tercera (C.E. 26/03/98 exp.14.000) menciona “El régimen aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios en general, será a regulado por el derecho privado, y en forma excepcional el de derecho público”.

Especial aplicación tendrá el régimen de derecho público (disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación Estatal), cuando las comisiones

de regulación hagan obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes, en cierto tipo de contratos, o autoricen su inclusión, previa consulta expresa, en cuyo caso, los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas o se ejerciten esas facultades, estarán sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ello si desconocer el avance que en materia de competencia introdujo el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

El legislador incluso, doto de atribuciones a este tipo de empresas para reglamentar dentro de sus estatutos internos las reglas contractuales aplicables, claro está, respetando principios de la función pública consagrados en la Constitución.

En consecuencia, el régimen jurídico de los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos, será el de derecho privado por vía general, el dispuesto en sus manuales y reglamentos internos de contratación, y de derecho público de manera excepcional y régimen mixto del contrato de condiciones uniformes.

5. POLÍTICA ESTATAL FRENTE AL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES.

Pretendemos analizar la política Estatal desarrollada con relación al régimen contractual aplicable a las empresas oficiales de servicios públicos, tomando como base algunos fundamentos normativos que la soportan.

Teniendo en cuenta que la contratación de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios debe interpretarse en armonía con la aplicación de los principios de la libre competencia, no abuso de posición dominante, y siempre en búsqueda de continuidad y calidad en la prestación de los servicios, lo anterior constituye la aplicación del artículo 333 de la Constitución Política, desarrollado en el artículo 30 de la ley 142 de 1994, tomaremos como referente algunas normas de carácter legal y reglamentario que se han expedido, que tienen directa connotación con la contratación que celebran estas empresas y que le han impuesto a estas, regular algunos procesos bajo condiciones que no le son aplicables a empresas de servicios públicos con naturaleza jurídica diferente.

5.1. APLICACIÓN DEL IMPUESTO DE GUERRA A LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES.

Con la entrada en vigencia de la ley 1106 de 2006, Artículo 6, se amplió la contribución especial a otros tipos de contratos, se generaron diversas inquietudes

con relación a los contratos de obra que suscriben estas empresas, teniendo como fundamento, su régimen contractual aplicable y fundamentalmente que la definición de uno de los elementos del tributo, como es que el hecho generador Ley 80 de 1993 Artículo 32, el cual, contempla los contratos estatales, se encuentre contenido en un ordenamiento jurídico que por regla general no le es aplicable a este tipo de empresas y por lo tanto se podría incurrir en una falta de certeza del impuesto, lo que constituye una afectación al principio de legalidad tributaria.

Por otra parte, en concepto emitido por la oficina asesora jurídica de la superintendencia de servicios públicos SSPD –OJ-2007-200, se consideró que el tributo en cuestión no aplicaba a las empresas de servicios públicos, como quiera que estas gocen de régimen de contratación especial por expresa disposición de la Ley 142 de 1994.

La Ley 1106 de 2006 dispone:

“Artículo 6°. De la contribución de los contratos de obra pública o concesión de obra pública y otras concesiones. Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.

Las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales pagarán con destino a los fondos de seguridad y convivencia de la entidad contratante una contribución del 2.5 por mil del valor total del recaudo bruto que genere la respectiva concesión.

Esta contribución sólo se aplicará a las concesiones que se otorguen o suscriban a partir de la fecha de vigencia de la presente ley.

Se causará el tres por ciento (3%) sobre aquellas concesiones que otorguen las entidades territoriales con el propósito de ceder el recaudo de sus impuestos o contribuciones.

Autorízase a los Gobernadores Departamentales y a los Alcaldes Municipales y Distritales para celebrar convenios interadministrativos con el Gobierno Nacional para dar en comodato inmuebles donde deban construirse las sedes de las estaciones de policía.

Parágrafo 1°. En los casos en que las entidades públicas suscriban convenios de cooperación con organismos multilaterales, que tengan por objeto la construcción de obras o su mantenimiento, los subcontratistas que los ejecuten serán sujetos pasivos de esta contribución.

Parágrafo 2°. Los socios, copartícipes y asociados de los consorcios y uniones temporales, que celebren los contratos a que se refiere el inciso anterior, responderán solidariamente por el pago de la contribución del cinco por ciento (5%), a prorrata de sus aportes o de su participación.

Parágrafo 3°. Adicionado por el art. 39, Ley 1430 de 2010”

Posteriormente, la Honorable Corte Constitucional al efectuar el análisis de constitucionalidad de la Ley 1106/06, en la Sentencia C-1153/08 determinó:

“La norma acusada señala expresamente que el hecho gravado con la contribución conocida como impuesto de guerra consiste en suscribir contratos de obra pública con entidades de derecho público o celebrar contratos de adición al valor de los ya existentes, y si bien la disposición no precisa en su mismo texto qué cosa es una obra pública, de donde la demanda echa mano para afirmar que el legislador desconoció los principios de legalidad y certeza del tributo, la Corte admite que existe cierto grado de imprecisión en la definición del hecho gravado, pero estima que esta circunstancia no llega a configurar un vicio de inconstitucionalidad, pues esta imprecisión no deriva en una falta de claridad y certeza insuperable, puesto que a pesar de que uno de los elementos del hecho gravado -la noción de obra pública- no aparece definido o determinado expresamente en la norma, es determinable a partir de ella. A juicio de la Sala cuando la norma acusada expresamente prescribe que la contribución que regula se causa por el hecho de suscribir “contratos de obra pública” con “entidades de derecho público” o celebrar contratos de adición al valor de los existentes, no cabe otra interpretación plausible distinta de aquella que indica que el contrato al que se refiere es el definido en el estatuto de contratación a partir de elementos subjetivos, referentes a la calidad pública de la entidad contratante. De ahí para

la Corte que la descripción del hecho gravado sí es suficientemente precisa para satisfacer las exigencias del principio de legalidad tributaria.” (C-1153/08)

Superada de esta manera la primera situación acerca del alcance de la expresión contrato de obra, entendida como contrato de obra pública para efectos de la aplicación del tributo.

Surge otro aspecto a discutir, como es el que resulta de la aplicación del tributo y los costos de las obras que adelantan las empresas de servicios públicos oficiales con relación a la obras de la misma naturaleza que ejecutan las empresas del sector que no revisten el carácter de empresa oficial.

A nuestro juicio, los factores tributarios en cualquier tipo de proyecto deben tenerse en cuenta como un elemento del costo de administración y que si bien corresponde a una carga impositiva para el contratista, finalmente se traduce en un mayor valor de la obra, que naturalmente tendrá incidencia en la empresa, conllevando a un factor de desigualdad entre las empresas de servicios públicos de naturaleza pública. No obstante lo anterior, a juicio de la Corte Constitucional, eso no se presenta, y considera:

“Ahora bien, la norma tampoco introduce una discriminación inconstitucional entre contratistas que hayan celebrado contratos de obra pública con entidades públicas que presten servicios públicos, de

un lado, y contratistas privados que celebren contratos de obra con entidades privadas dedicadas a la misma actividad, de otro. Lo anterior, por cuanto los contratistas privados no están en la misma situación jurídica que los contratistas públicos, en cuanto no celebran contratos para la construcción de “obras públicas”. Además, tampoco están en la misma situación fáctica, puesto que la posibilidad que tienen los particulares de contratar con entidades públicas configura un verdadero privilegio económico para dichos contratistas, que no resulta equiparable con la contratación común entre particulares regida por el derecho privado. Este beneficio económico derivado de la contratación pública permite presumir una capacidad contributiva que no necesariamente puede deducirse en cabeza de los particulares por el sólo hecho de la contratación privada.

5.4. Ahora bien, la demanda postula que la norma demandada resulta ser discriminatoria frente a las entidades de derecho público que compiten en el mercado con entidades particulares, pues cuando emprenden obras destinadas a cumplir con su objeto social, tienen que incluir un costo adicional correspondiente al gravamen previsto en la norma acusada, costo del cual están exentas las empresas privadas que desarrollan el mismo objeto y compiten en el mismo mercado. Agregan que la norma sería igualmente discriminatoria frente a los usuarios de dichas empresas, quienes también tendrían

que pagar un mayor valor por los servicios que contratan, frente a aquel que pagarían los usuarios de empresas privadas.

No obstante, la Corte estima que el cargo anterior se formula a partir de un alcance que la norma acusada no tiene. En efecto, el tenor literal del inciso 1° del artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, ahora bajo examen, es suficientemente claro al indicar que el sujeto pasivo de la obligación tributaria es el contratista, o sea la persona natural o jurídica que celebra el contrato de obra, por lo cual no es cierto que la disposición demandada obligue a las entidades de derecho público a cubrir el valor del impuesto, o a incluirlo como un costo a su cargo de la obra que contratan. Por tal razón, el presente cargo de inconstitucionalidad carece de un fundamento jurídico cierto, porque el legislador no ha dado un trato distinto a las empresas pública frente a las privadas, obligando sólo a las primeras al pago de un tributo. En realidad, ninguna de las dos está obligada al pago del impuesto, porque es el contratista de obra pública y no la empresa pública contratante, el sujeto activo de la obligación tributaria.” (C-1153/08)

Así las cosas, la Corte desestimó que con la aplicación del tributo se generaran diferencias entre empresas de servicios públicos privadas y oficiales, ya que en su análisis, el impuesto debe ser asumido por el contratista y no por la empresa o los usuarios, consideración que como se indicara con anterioridad, no compartimos, puesto que un tributo de esta naturaleza, que impacta el costo indirecto del

componente de administración en la ejecución de una obra, se refleja en un mayor valor final de la obra.

Análisis que no tiene en cuenta que si bien el destinatario del tributo no es la empresa, quien funge simplemente como agente retenedor, es finalmente esta quien debe elaborar los proyectos de inversión y no puede desconocer los costos directos e indirectos de las obras, en donde no escapa el factor tributario como elemento básico de mantenimiento del equilibrio económico contractual.

Superados los dos aspectos iniciales, surge otra situación como consecuencia de la reglamentación que el ejecutivo realizara de la norma (Decreto 3461 de 2007. Artículo 1). Con la entrada en vigencia del decreto 3461 de 2007, reglamentario del artículo 6° de la ley 1106 de 2006, surge otro aspecto que genera confusión para la empresas oficiales de servicios públicos.

La reglamentación impone la aplicación del hecho generador solo para los contratos que tengan como fuente u origen licitaciones o procesos de selección abiertos a la recepción de ofertas.

Vemos como una situación de naturaleza eminentemente tributaria, con normatividad especial, termina por vía interpretativa y reglamentaria subsumida en el régimen contractual aplicable a las entidades estatales en forma general y

afectando a otras que por disposición legal gozan de un régimen contractual especial.

Surge con ello inconvenientes para las empresas oficiales de servicios públicos, como son: ¿Se aplica el tributo a todos los contratos de obra que suscriba? ¿Sólo se aplica a los contratos derivados de licitaciones o procesos de selección abiertos a recepción de ofertas? ¿Aplica la modalidad de selección su régimen de contratación o las modalidades definidas en la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007?

Con base en los lineamientos definidos por la Corte Constitucional, todos los contratos de obra que suscriban las entidades estatales, dentro de las que se encuentran inmersas las empresas oficiales de servicios públicos serán afectados por el tributo.

Como se ha sostenido en la parte inicial del artículo, con base en la ley 142 de 1994, el régimen de contratación aplicable a las empresas oficiales de servicios públicos es el de derecho privado, ello quiere decir que las modalidades de selección serán las contenidas en sus manuales de contratación y no las contenidas en el estatuto de la contratación pública.

Así las cosas, si dentro de los manuales de contratación de cada empresa se tienen definidas modalidades de selección que no necesariamente constituyen o se asimilan a una licitación pública o concursos abiertos a la recepción de ofertas,

los contratos de obra no provenientes de tales modalidades no tendrían que verse afectados con el tributo.

Es usual encontrar en este tipo de manuales, modalidades selección privadas de recepción de ofertas, en las que no media una convocatoria abierta o pública para la selección del contratista.

Esta situación que a nuestro juicio debería ser clara, en la práctica no lo es, incluso existen cuestionamientos y debates frente al real alcance, y se sostiene por el contrario, que independientemente de la reglamentación, el tributo se debe aplicar a toda la contratación de obra sin reparar en la modalidad de selección que dio origen al contrato, en el concepto 5642 de 2011 oficina jurídica Ministerio del interior y de justicia, tomando como sustento pronunciamientos de la DIAN (Concepto 107189 del 31 de diciembre de 2007) y fallos del consejo de estado. (Consejo de Estado, sección cuarta, sentencia 11001032700020090004200 del 1° de marzo de 2012).

5.2. PARTICIPACIÓN DE LAS EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PÚBLICOS COMO GESTORAS DENTRO DE LOS PLANES DEPARTAMENTALES DE AGUAS.

Especial interés surge del papel que las empresas de servicios públicos y particularmente las empresas oficiales cumplen con la creación de los Planes Departamentales de Agua, entendidos estos como una de las más ambiciosas estrategias para el mejoramiento de la cobertura del servicio de agua potable para

las diferentes zonas del País. Como lo plantea el documento Conpes 3463 del 12 de marzo de 2007 a los PDA así:

“Los Planes Departamentales de Agua y Saneamiento para el Manejo Empresarial de estos servicios, son la estrategia del Estado para acelerar el crecimiento de las coberturas y mejorar la calidad de los servicios, al facilitar el cumplimiento de los siguientes lineamientos de política: (i) efectiva coordinación interinstitucional al interior de cada nivel y entre diferentes niveles de gobierno, (ii) acelerar el proceso de modernización empresarial del sector en todo el territorio nacional, (iii) aprovechar economías de escala mediante la estructuración de esquemas regionales de prestación, (iv) articular las diferentes fuentes de recursos y facilitar el acceso del sector a crédito; (v) ejercer un mejor control sobre los recursos y el cumplimiento de la regulación, y (vi) contar con planes de inversión integrales con perspectiva regional, de corto, mediano y largo plazo.

El Decreto 3200 de 2008 artículo 1º, modificado por el decreto 4214 de 2011, los define como:

PLANES DEPARTAMENTALES PARA EL MANEJO EMPRESARIAL DE LOS SERVICIOS DE AGUA Y SANEAMIENTO - PDA. Son un conjunto de estrategias de planeación y coordinación interinstitucional, formuladas y

ejecutadas con el objeto de lograr la armonización integral de los recursos, y la implementación de esquemas eficientes y sostenibles en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico (Decreto 3200 de 2008)

Para la puesta en marcha de los PDA se crearon diferentes entes encargados de su estructuración, siendo de mayor interés para nuestro artículo, los denominados GESTORES (Decreto 3200 de 2008 artículo 12.) encargados de la implementación y seguimiento a la ejecución de los planes.

Se le entrega de esta manera la posibilidad para que las empresas de servicios domiciliarios del orden estatal, sin importar su naturaleza de mixta o pública puedan cumplir esta función, bajo ciertas condiciones estatutarias y de cooperación con los diferentes municipios.

La condición de gestor en modo alguno altera la naturaleza jurídica de la empresa de servicios públicos, simplemente se genera la alternativa para realizar una actividad diferente a su rol de operador o prestador de servicios.

Para el cumplimiento de sus funciones como gestor, que necesariamente implican el rol de ejecutor de recursos, define una regla de contratación,

Decreto 3200 de 2008:

“Artículo 7. *Contratación.* Los procesos de contratación que se adelanten en desarrollo de un PDA FASE II con cargo a los recursos de los actores del PDA podrán ser adelantados por el Gestor del PDA o el(los) operador(es) de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado y/o aseo que preste(n) en el municipio o grupo de municipios beneficiarios del proyecto; lo anterior observando lo previsto en el contrato de fiducia mercantil y las normas que resulten aplicables.

Las autoridades ambientales podrán adelantar procesos de contratación, en el marco del PDA, cuando aporten recursos para el respectivo proyecto.

En todo caso, las actuaciones de quienes intervengan en los PDA se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

Parágrafo. El Comité Directivo de que trata el artículo 9° determinará en qué evento(s) el (los) operador (es) de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado y/o aseo que preste(n) en el municipio o grupo de municipios beneficiarios del proyecto podrá adelantar el respectivo proceso de contratación. En los eventos en que dicho(s) operador(es) tengan una vinculación contractual, se realizarán los ajustes en metas e indicadores a que haya lugar.”

Vemos como se generan diversas alternativas contractuales, dependiendo si la empresa que actúa como gestor, a su vez es prestador de servicios públicos domiciliarios en el municipio donde se ejecuta el proyecto, que no implicaba a las empresas de servicios públicos desconocer el régimen contractual que les impone la ley 142 de 1994, y por lo tanto podrían aplicar su manual de contratación a los negocios surgidos en su calidad de gestores, respetando los principios aplicables a la función pública, de acuerdo con concepto 255 de marzo 16 de 2009 Superintendencia de servicios públicos domiciliarios.

Resultado ello preocupante para el Gobierno Nacional, situación que lo llevo a expedir el decreto 4548 del 2009, con el único objetivo de aplicarle el estatuto de contratación pública a la contratación que adelantaran los gestores del PDA, que no es otra cosa diferente que el sometimiento de las empresas de servicios públicos a tal régimen contractual.

Lo anterior conlleva a que las empresas de servicios públicos, y particularmente las de carácter oficial, deban aplicar una variedad de regímenes contractuales dependiendo de la fuente del recurso, de la naturaleza de la actividad o del rol que cumpla.

Con la entrada en vigencia del Plan Nacional de Desarrollo mediante la Ley 1450 de 2011. Artículo 21. Planes departamentales para el manejo empresarial de los servicios de agua y saneamiento) que mantuvo los PDA, pero propuso cambios en

la estructuración y su funcionamiento, propendiendo por la implementación efectiva de esquemas de regionalización, el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad reglamentaria, nuevamente se hizo alusión al régimen contractual aplicable a los gestores (Decreto 2246 de 2012. Artículo 15).

Dichos procesos de contratación, tal y como se encuentra previsto en el decreto 4548 de 2009, se rigen por el estatuto general de la contratación pública, esto es, por la ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

Lo anterior, sin perjuicio con lo descrito en el artículo 15 de decreto 2246 de 2012, los operadores de servicios públicos que ejecuten proyectos en el municipio o municipios beneficiarios de los mismos, puedan aplicar la normatividad establecida para tal efecto en la ley 142 de 1994.

Será aplicable el régimen especial de contratación para los proyectos de emergencias que deban ser ejecutados.

En aquellos casos en los que el gestor tenga a su vez la condición de prestador de los servicios públicos de agua y saneamiento en uno o varios de los municipios del Departamento, podrán utilizar el régimen contractual previsto en la ley 142 de 1994 únicamente respecto de aquellos proyectos ejecutados en los municipios en los cuales preste los servicios públicos domiciliarios, para el resto de municipios deberá aplicar el régimen general de contratación pública.

5.3. LAS EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PÚBLICOS DENTRO DEL MARCO DEL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN

Tratándose de una normatividad orientada a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción en la gestión pública, se incorporaron al ordenamiento jurídico diferentes preceptos, entre ellos, algunos atinentes al régimen contractual aplicable a las entidades públicas, cuyo alcance no se limitó solo a las sometidas al régimen del estatuto de contratación pública, sino que se extendieron a las entidades con regímenes especiales, en virtud al principio orientador que le asiste, como es, la moralidad pública.

Se precisaron los conceptos de supervisión e interventoría, se establecieron diferencias entre estos, se amplió el régimen de inhabilidades, se definieron las condiciones para el otorgamiento de anticipos.

El estatuto anticorrupción consagrado en la Ley 1474 de 2011 Artículo 95, precisa la aplicación por regla general del estatuto de contratación pública (Ley 80/93 modificado por la Ley 1150/07) incluso para entidades ejecutoras cuyo régimen de contratación sea diferente, dejando la salvedad si la entidad desarrolla su actividad en competencia con el sector privado de acuerdo al Concepto 336 de 2012 de 7 junio de 2012 de la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios

5.4. LAS EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PÚBLICOS DENTRO DEL MARCO DEL ESTATUTO ANTI TRÁMITE.

Las empresas oficiales de servicios públicos oficiales, como entidades públicas que son, son igualmente sujetas de los preceptos contenidos en el estatuto anti trámite dispuesto en el Decreto 019 de 2012. Artículo 2.

El Decreto Ley 019 de 2012 se aplica sin excepción a todos los organismos públicos y a los particulares que cumplan funciones administrativas. En esa medida, las empresas de servicios públicos domiciliarios están sometidas a dicho Decreto en su actividad, no solamente respecto del capítulo relacionado con los servicios públicos domiciliarios, sino de las demás disposiciones que sean aplicables transversalmente a su actividad, según concepto 336 de 2012, superintendencia de servicios públicos domiciliarios

El estatuto anti tramite eliminó el diario único de contratación y la publicación de las convocatorias a licitaciones (Decreto 019 de 2012. Artículo 223), fundamentos que se encontraban contenidos en el estatuto de contratación pública y por ende no aplicables a empresas con régimen especial, no obstante, en una evidencia más de la intervención del gobierno nacional en estos regímenes contractuales, la agencia nacional de contratación (Circular Externa No 1 de 21 de junio de 2013) emitió la circular 1 del 21 de junio de 2013 dando alcance a la aplicación del SECOP incluso a las empresas de servicios públicos oficiales.

5.5. LAS EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA APLICACIÓN DE LA LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES.

Es importante precisar que la motivación de la Ley de Garantías Electorales (Ley 996 de 2005 Artículo 1), es fundamentalmente fijar las condiciones para cuando el presidente de la Republica aspira a la reelección. Con este panorama se desarrolló el mencionado ordenamiento jurídico, no obstante, dispuso de ciertas restricciones aplicables a otro tipo de comicios a cargos de elección popular, en especial al tema de personal (Ley 996/2005 Artículo 38) y algunos han entendido extensivos a la contratación. (Ley 996/2005 Artículo 33).

Existen diversos conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, acogidos por el organismo de control y vigilancia como es la Superintendencia de Servicios Públicos (Concepto 206 del 26 de abril de 2006 y 241 del 4 de mayo de 2006) en el que se sostiene:

“III. La aplicación de ésta prohibición a las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter público.

Dada la argumentación presentada en la solicitud de consulta, es posible prever que el intérprete se formule la siguiente pregunta: ¿si a las empresas de servicios públicos domiciliarios por regla general se les aplica en su contratación el derecho privado, cómo hace para aplicar la licitación pública de la ley 80 de 1993 que es derecho público? Para dar respuesta a este interrogante, la Sala recuerda que en derecho privado también existe la institución de la licitación pública, regulada por el artículo 860 del código de comercio, que se encuentra dentro del capítulo

dedicado a la oferta o propuesta de contratos, norma que entonces resulta aplicable al presente caso, y que es del siguiente tenor:

Artículo 860. "En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás. "

Entonces, las entidades públicas cuya contratación está sometida al derecho privado, a las que se les ha restringido temporalmente la contratación directa, pueden seguir contratando, pero mediante la licitación pública regulada por el artículo transcrito; unas de dichas entidades son los prestadores públicos de servicios públicos domiciliarios. Como se expone más adelante, es claro también que las excepciones del artículo 33 antes transcrito, aplican igualmente a estas entidades, de manera que, si se dan los requisitos de éstas, pueden contratar directamente.

“Advierte la Sala, y así lo afirma también la consulta del Sr. Director Nacional de Planeación, que es muy frecuente que las empresas de servicios públicos domiciliarios dispongan de reglamentos internos de contratación, expedidos por sus juntas o consejos directivos, en los que se señalan los diferentes procedimientos de selección de los contratistas. Entonces, cada una de ellas debe acudir a sus reglamentos, en la medida en que los haya, con el fin de constatar qué procedimientos llenan los elementos esenciales de la licitación pública del artículo 860 del código de comercio antes transcrito, los cuales no están suspendidos por el artículo 33 de la ley 996 de 2005, de lo que se desprende en

sana lógica que todos los demás que no corresponden a la licitación- pública, son los que están suspendidos. Se deduce también, que aquellos contratos que en época diferente de la preelectoral se celebraban directamente, se pueden continuar suscribiendo, pero por el trámite de la licitación pública del artículo 860 del código de comercio.”

“IV. Las excepciones a la prohibición temporal, de conformidad con el artículo 33 de la ley 996 de 2005.

Siguiendo la doctrina ya definida por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, las excepciones a la restricción a la contratación directa, son las contenidas en la ley 996 de 2005 en el segundo inciso del artículo 33 antes transcrito, dentro de las que se encuentran las relativas a la defensa y seguridad del Estado, los requeridos para cubrir las emergencias sanitarias desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias.

Se ratifica en este concepto lo expuesto en ocasiones anteriores, en las que se ha interpretado la locución defensa y seguridad del Estado como aquellas actividades necesarias para la estabilidad del mismo, pues está de por medio el mantenimiento del orden público. De esta forma, se entiende que la prohibición temporal de la contratación directa no puede implicar que la inactividad de la administración conlleve la posibilidad de alteraciones del orden público o viole los derechos fundamentales de los asociados. Entonces, si a estos conceptos se agrega que la salubridad pública es uno de los elementos de este orden público social, encuentra la Sala que, únicamente bajo este supuesto, las empresas de

servicios públicos domiciliarios pueden contratar en forma directa, respetando en todo caso los reglamentos internos de contratación.”

“Las preguntas formuladas a la Sala, suponen que la restricción temporal a la contratación directa de las empresas de servicios públicos domiciliarios, puede dar como resultado la indebida prestación de los mismos, o incluso su interrupción. Ya se expuso que en sí misma la contratación no está suspendida, tan sólo aquella que, según los reglamentos internos de las empresas, no corresponda a la regulación de la licitación pública del artículo 860 del código de comercio, o en los casos en que sea aplicable, a la licitación del artículo 30 de la ley 80 de 1993.

Para la Sala también es claro que, en la medida en que los reglamentos internos de una empresa de servicios públicos domiciliarios determinen que la adquisición de algún insumo esencial para la prestación del servicio se realice por contratación directa, y que mientras se adelanta el trámite de la licitación pública del artículo 860 del código de comercio puede verse suspendido o gravemente afectado el servicio a su cargo, para evitar esta emergencia puede acudir a la contratación directa, pues se encontraría dentro de la excepción a la prohibición por causa de la sanidad y del mantenimiento del orden público en su elemento de salubridad, esenciales a la organización del Estado. Se anota que frente a los servicios públicos domiciliarios, los usuarios tienen un derecho subjetivo a su prestación, que en veces está en conexión con los derechos fundamentales, como en el caso de los servicios del acueducto, alcantarillado, saneamiento básico, etc.

Este mismo razonamiento es válido en caso de terrorismo, desastres naturales, y fuerza mayor.”

“Con base en lo anteriormente expuesto, la Sala responde:

a) y b). El artículo 33 de la ley 996 de 2005, efectivamente se aplica a los prestadores de servicios públicos domiciliarios (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado) y a los municipios prestadores directos, incluyendo las excepciones contenidas en el segundo inciso de esta norma, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de este concepto.”

Con la entrada en vigencia del decreto 734 de 2012 (Derogado por el decreto 1510 de julio 17 de 2013), norma reglamentaria de la contratación pública (Decreto 734/2012 Artículo 3.4.2.7.1.) Vemos como la Sala del Consulta del Consejo de Estado, mediante Concepto 01727 del 20 de febrero de 2006, determinó que las restricciones para contratación directa previstas en la ley de garantías también se aplican a los prestadores de servicios públicos domiciliarios (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado) y a los municipios que prestan directamente el servicio.

A nuestro juicio, estas normas tuvieron su origen en vigencia de la ley 80 de 1993, cuando en el régimen de contratación Estatal solo existían tres modalidades de selección de oferentes esto es, licitación pública, contratación directa y concurso de méritos, por tal razón la norma no hace alusión a las modalidades de selección actualmente aplicables con fundamento en la ley 1150 de 2007.

bajo el entendido que el espíritu y razón de ser de la existencia de la ley de garantías electorales, cual es el de mantener en firme y con plena aplicación los principios de la contratación pública durante un periodo tan importante como es el de los comicios electorales, considero ajustada a derecho la interpretación según la cual esta norma no extiende su aplicación, restricción y limitación a las modalidades de selección de selección de oferentes diferentes a la contratación directa, como son la selección abreviada y concurso de méritos, adoptadas en virtud de la recientemente reforma al estatuto de contratación Estatal, por tanto estas modalidades que se desarrollan en cumplimiento de los principios que regulan esta actividad administrativa permiten la selección objetiva de los contratistas del estado mediante las convocatorias para obtener la oferta más favorable a la entidad.

Así las cosas, la restricción para celebrar contratos estaría limitada solo a una modalidad de selección de oferentes como es la contratación directa durante los 4 meses anteriores a la primera vuelta presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta si ello fuere necesario.

Las limitaciones consagradas en los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2005 relacionadas con la contratación y congelamiento de la planta de personal solo aplica para la elección presidencial y no para corporaciones públicas.

Las limitaciones descritas en el artículo 38 de la ley 996 de 2005 relacionadas con la suscripción de convenios interadministrativos para la ejecución de recursos

públicos y modificación de la planta de personal aplican a todas las elecciones a cargos de elección popular, con la aplicación a los contratos interadministrativos conforme los indica el decreto 1510 de 2013.

5.6. LOS CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS, LOS SUBSIDIOS Y LA APLICACIÓN DE LA LEY DE GARANTIAS ELECTORALES.

Sin dejar de lado la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos oficiales, es decir, su carácter de entidades públicas y por lo tanto sujetas a las restricciones definidas en la ley de garantías electorales, surge otro aspecto de importancia en sus relaciones contractuales con los diversos entes territoriales, como son los actos o negocios jurídicos que permiten la transferencia de recursos que por concepto de subsidios se encuentran obligados a girar, para garantizar la cobertura de los servicios a las personas que constitucionalmente les asiste tal derecho, con el propósito de cubrir sus necesidades básicas.

La forma de subsidiar se encuentra debidamente señalada en la ley de servicios públicos domiciliarios, imponiendo el deber a los diferentes entes territoriales para que destine dentro de sus presupuestos las partidas necesarias para colaborar con la población en el pago de sus tarifas por estos servicios.

Con el fin de asegurar la transferencia de estos recursos, las entidades territoriales suscriben contratos con las diferentes empresas de servicios públicos

domiciliarios, dentro de las que naturalmente se encuentran inmersas las de carácter oficial que sean operadoras.

En consecuencia, teniendo en cuenta el rango constitucional que tienen este tipo de aportes, según emana del artículo 368 de la Carta Política, la obligación legal de formalizar la transferencia del recurso del ente territorial a la empresa de servicios públicos, la suscripción del contrato o convenio tiene un objeto claro, con un fin específico, la celebración de estos no se encuentra limitado a las restricciones de la ley de garantías electorales, puesto que esta última tiene una finalidad distinta.

5.7. LOS APORTES BAJO CONDICION Y LA APLICACIÓN DE LA LEY DE GARANTIAS ELECTORALES.

Encontramos otro mecanismo de vinculación entre las entidades públicas con las empresas de servicios públicos domiciliarios, este es que denominado aportes bajo condición, contemplando en la Ley 142 de 1994 artículo 87.9., modificado por la Ley 1151 de 2007, artículo 143. Mediante esta esta figura, la empresas de servicios públicos en general, y en forma particular, las empresas oficiales pueden recibir bienes o derechos, con la condición que estos no se incluyan en el cálculo en las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios de los estratos que se encuentran calificados para recibir subsidios; pero tal aporte sí se reflejará en el presupuesto de la entidad que lo autorice.

La forma para concretar este tipo de aportes será mediante la celebración de un contrato, en que se establecerá el tipo de aporte, la descripción del bien o derecho, la naturaleza de las contratantes, la estimación del valor, forma de hacerse efectivo, duración, condiciones de operación, mantenimiento y destinación del activo, cláusula de reversión, la definición de su efecto sobre las tarifas una vez terminado el contrato y demás condiciones particulares que establezcan los intervinientes, claro ésta, en aplicación a la resolución CRA 436 de 2007.

Vemos como este tipo de contratos tienen una finalidad específica, cuentan con los fundamentos normativos y reglamentarios para su celebración, y por lo tanto la suscripción de contratos de esta naturaleza no se encuentran limitados a las restricciones de la ley de garantías electorales, puesto que esta última tiene una finalidad distinta.

6. CONCLUSIONES

- ✓ La noción de servicio público, tomando como fundamento la concepción de Estado social de derecho tiene una connotación muy importante, ya que se trata de la materialización de los fines del Estado, como es, el mejoramiento en las condiciones de bienestar de los ciudadanos, se convierten entonces en la concreción o materialización de los derechos

- ✓ El régimen contractual aplicable a las empresas oficiales de servicios públicos es el regulado por el derecho privado, con el fin de permitir que desarrollen su actividad bajo los principios de la libre competencia con las demás empresas de naturaleza privada y mixta.

- ✓ El Estatuto de contratación de la administración pública se aplica en forma excepcional en la contratación de las empresas oficiales de servicios públicos, por expresa disposición legal, para asuntos especiales, como son los relacionados con cláusulas exorbitantes y régimen de inhabilidades.

- ✓ El régimen de contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, se encuentra determinado por el objeto del contrato, más que por la naturaleza jurídica de la empresa que los presta (oficial, privada o mixta).

- ✓ Los diferentes desarrollos normativos se pretende entregarle mayor participación a este tipo de empresas en el sector, pero a su vez pretenden establecer límites a su régimen de contratación.
- ✓ Con base en los lineamientos del Gobierno Nacional, quien en virtud de su facultad reglamentaria ha colocado límites al régimen contractual de estas empresas, tratando de vincularlo más al régimen que le es aplicable a las entidades estatales.
- ✓ Se presentan diferencias en el desarrollo de la actividad contractual de las empresas de servicios públicos, si estas tienen el carácter de empresas oficiales.
- ✓ La aplicación de régimen de garantías electorales tiene atención especial cuando se trate de empresas oficiales de servicios públicos, teniendo en cuenta los fines y cometidos que cumplen estas.
- ✓ La naturaleza de las actividades que desarrollan este tipo de empresas implica la necesidad de contar con alternativas contractuales especiales que le permitan la obtención de recursos, incluso, en épocas electorales.
- ✓ El régimen aplicable a este tipo de empresas no puede dejar de lado los objetivos constitucionales y legales previstos, en procura de satisfacer necesidades de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

- **ARANGO FRANCO, J.**, Derecho Administrativo – Estructura de la Administración Pública, Biblioteca Jurídica DIKE, 2013
- **ATEHORTURA RIOS, C.** Servicios Públicos Domiciliarios, Bogotá D.C. Biblioteca Jurídica DIKE, 2003.
- **CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL**, Documento COMPE 3463 Bogotá D.C. Departamento Nacional de Planeación, 2007
- **DAVILA VINUEZA, L. G.**, Régimen jurídico de la Contratación Estatal, Legis, 2001.
- **DUGUIT, L.** Traité de droit constitutionnel, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1927.
- **GÜECHA MEDINA, C. N.**, Contratos Administrativos, Universidad Santo Tomas, 2010
- **HERRERA, B.**, Contratos Públicos, Ediciones jurídicas Ibañez, 2004.
- **IBAÑEZ, NAJAR J. E.**, Las funciones públicas y la estructura del Estado para cumplirlas, Justicia y Desarrollo Sostenible 2006.
- **MONTAÑA, PLATA, A.**, El concepto de servicio público en el derecho administrativo, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2005.
- **PALACIO HINCAPIE, J. A.**, Régimen Contractual Colombiano de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas, Universidad Militar, 2006.
- **PINO RICCHI, J.**, El Regimen Jurídico de los contratos estatales, Universidad Externado de Colombia, 2005
- **RESTREPO, J.** Derecho a los servicios públicos, Colectivo de abogados, 2005.
- **SOLARTE MAYA, F.**, Contratos Atipicos, Ediciones nueva jurídica, 2008

FUENTES NORMATIVAS

- Constitución Política de Colombia
- Ley 80 de 1993
- Ley 142 de 1994
- Ley 489 de 1998
- Ley 689 de 2001
- Ley 996 de 2005
- Ley 1106 de 2006
- Ley 1150 de 2007
- Ley 1151 de 2007
- Ley 1176 de 2007
- Ley 1450 de 2011
- Decreto 1842 de 1991
- Decreto 3461 de 2007
- Decreto 3200 de 2008
- Decreto 4548 de 2009
- Decreto 4214 de 2011

- Decreto 019 de 2012
- Decreto 734 de 2012
- Decreto 2246 de 2012
- Decreto 1510 de 2013
- Resolucion CRA 436 de 2007

CONCEPTOS

- Concepto SSPD-OJ-2006-206
- Concepto SSPD-OJ-2007-200
- Concepto SSPD-OJ-2009-255
- Concepto SSPD-OJ-2010-209
- Concepto SSPD-OJ-2012-336
- Concepto SSPD-OJ-2012-241
- Concepto SSPD-OJ-2012-440
- Concepto 5642 DE 2011 Oficina jurídica ministerio del interior y de justicia
- Circular 1 del 21 de junio de 2013 Agencia especial de contratación

SENTENCIAS

CORTE CONSTITUCIONAL

- Sentencia T-578 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia C-134 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
- Sentencia C-189 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz
- Sentencia C-318 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-473 de 1994. M. P. Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia C-075 de 1995. M. P. Hernando Herrera Vergara
- Sentencia C-450 de 1995. M. P. Antonio Barrera Carbonel.
- Sentencia C-066 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz
- Sentencia C-663 de 2000. M. P. Antonio Barrera Carbonell
- Sentencia C-1153 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
- Sentencia C-711 de 2012. M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo

CONSEJO DE ESTADO

- Sección tercera. Sentencia del veintiséis (26) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998) C.P. RICARDO HOYOS DUQUE- Ref. Exp. No.: 14.000
- Sala del Consulta, Concepto 01727 del 20 de febrero de 2006