

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: RADS

Fecha: FRADS

NT-F-001. V.12

Página 1 de 11

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2026-074

Señor

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Ref. Solicitud de concepto¹

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1369 de 2020², la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superservicios es competente para “...absolver las consultas jurídicas externas relativas al régimen de los servicios públicos domiciliarios”.

ALCANCE DEL CONCEPTO

Se precisa que la respuesta contenida en este documento corresponde a una interpretación jurídica general de la normativa que conforma el régimen de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual los criterios aquí expuestos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, tal

¹ Radicado

TEMA: CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA O LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO.

Subtemas: Obligaciones de reposición y de expansión de la red de acueducto a cargo del Ente Territorial y el Concesionario.

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

La Superservicios comprometida con el Sistema de Gestión Antisoborno los invita a conocer los lineamientos, directrices y el canal de denuncias en el siguiente link: <https://www.superservicios.gov.co/Atencion-y-servicios-a-la-ciudadania/peticiones-quejas-reclamos-sugerencias-denuncias-y-felicitaciones>

Sede principal.
Bogotá D.C. Carrera 18 nro. 84-35
Código postal: 110221
PBX 60 (1) 745 6011.
Celular: 3203509009
sspd@superservicios.gov.co.
NIT: 800.250.984.6
www.superservicios.gov.co

Direcciones Territoriales
Diagonal 92 # 17A – 42, Edificio Brickell Center, piso 3.
Código postal: 110221
Barranquilla. Carrera 59 nro. 75 -134. Código postal: 080001
Bucaramanga. Carrera 34 No. 54 – 92. Código postal: 680003
Cali. Calle 21 Norte N° 6N-14 EDIF. PORVENIR 2do piso. Código postal: 760046
Medellín. Avenida calle 33 nro. 74 B – 253. Código postal: 050031
Montería. Carrera 7 nro. 43-25. Código postal: 230002
Neiva. Calle 11 nro. 5 – 62. Código postal: 410010

como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011³, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁴.

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

CONSULTA

La consulta elevada contiene una serie de preguntas relativas a los contratos de concesión para la prestación del servicio público de acueducto y las obligaciones de reposición y de expansión de la red a cargo del Ente Territorial y el Concesionario, a las cuales se dará respuesta en el acápite de conclusiones.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley 142 de 1994

Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015

Resolución CRA 943 de 2021

Concepto SSPD-OJ-2023-262

Concepto SSPD-OJ-2023-632.

Concepto CRA 20230120081041 de 2023.

CONSIDERACIONES

Con el fin de emitir un concepto de carácter general es necesario recalcar que, en sede de consulta no se emiten pronunciamientos y/o deciden situaciones de carácter particular y concreto, como la planteada por el consultante, en atención a que los conceptos constituyen orientaciones que no comprometen la responsabilidad de la Superservicios y tampoco tienen carácter obligatorio o vinculante, ya que se emiten conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, introducido por sustitución de la Ley 1755 de 2015.

Precisado lo anterior, en primer lugar, es de señalar que el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, establece de manera específica las funciones a cargo de esta Superintendencia, las cuales actualmente se encuentran contenidas en el artículo 6 del Decreto 1369 de 2020 y, de manera general, circunscriben el ámbito de su competencia a

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

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

ejercer la inspección, vigilancia y control sobre el cumplimiento de los contratos de servicios públicos domiciliarios que celebren los prestadores y los usuarios de los mismos, así como el cumplimiento de las leyes, reglamentos y regulaciones a los que se encuentran sujetos quienes presten servicios públicos o actividades complementarias a los mismos, en cuanto afecten en forma directa e inmediata a usuarios determinados y, en consecuencia, sancionar sus violaciones.

En este sentido, la competencia de esta Superintendencia, recae sobre los prestadores de servicios públicos domiciliarios y, de forma específica, en cuanto a la ejecución de las actividades propias de la prestación del servicio o de aquellas complementarias al mismo, por lo que, de igual manera, los pronunciamientos que en ejercicio de la función consultiva emite, deben estar relacionados con los aspectos propios de la prestación de dichos servicios.

De igual forma, es importante reiterar que la posición que ha tomado la Superservicios ha sido uniforme en el tiempo, en el sentido de señalar su falta de competencia tanto para revisar y someter a su aprobación previa los actos y contratos de sus vigilados -con fundamento en lo dispuesto en el párrafo primero del referido artículo 79 de la Ley 142 de 1994-, como para revisar, aprobar o pronunciarse sobre los actos, convenios o contratos de las entidades territoriales, en materia de servicios públicos domiciliarios, ya que, de hacerlo, extralimitaría sus funciones.

En atención a lo anterior, para esta Superintendencia no es posible establecer bajo qué título una entidad territorial debe entregar la infraestructura para la prestación del servicio público de acueducto, así como tampoco puede determinar si la inclusión de una nueva área en la que se prestará dicho servicio, deba realizarse a través de la adición de un contrato de operación existente o mediante la celebración de un nuevo contrato de la misma naturaleza, ya que es un asunto que debe ser determinado por la entidad territorial competente, atendiendo en todo caso la normativa vigente y aplicable en la materia.

Sin perjuicio de lo expuesto, con el propósito de brindar orientación sobre los temas consultados, se procederá a emitir un concepto general, a partir de los siguientes ejes temáticos: (i) funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, (ii) obligaciones de los Entes Territoriales (iii) régimen contractual en los servicios públicos domiciliarios y (iv) entrega de infraestructura para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

i) Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En desarrollo de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 367 y 370 de la Carta, el legislador expidió la Ley 142 de 1994, en cuyo artículo 75 determinó que las funciones presidenciales de inspección, vigilancia y control de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios estarían en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (Superservicios).

Asimismo, en el artículo 79 ibidem, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, fueron establecidas de manera específica las funciones a cargo de esta Superintendencia, las cuales posteriormente fueron reglamentadas en el artículo 6 del Decreto 1369 de 2020.

Las funciones descritas en las disposiciones aludidas circunscriben el ámbito de competencia de la Superservicios a ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control sobre el cumplimiento de los contratos de servicios públicos que celebren los prestadores de estos servicios y los usuarios de los mismos, así como al cumplimiento de las leyes, reglamentos y regulaciones a los que se encuentran sujetos quienes presten servicios públicos o actividades complementarias a los mismos, en cuanto afecten en forma directa e inmediata a usuarios determinados y, en consecuencia, sancionar sus violaciones.

En otras palabras, la competencia de la Superintendencia se desarrolla única y exclusivamente sobre los prestadores de servicios públicos domiciliarios, en cuanto a la ejecución de las actividades propias de la prestación del servicio o aquellas complementarias al mismo.

Con fundamento en las consideraciones efectuadas, es preciso señalar que esta Superintendencia no puede ir más allá de las funciones legales asignadas y, en ese sentido, no tiene la competencia para revisar las actuaciones que adelanten los entes territoriales en materia contractual o en otra materia.

Así pues, es deber de cada ente territorial revisar la Ley, la reglamentación y la jurisprudencia a efectos de que los procesos contractuales se adelanten con estricta sujeción a la normativa vigente aplicable, incluyendo sus obligaciones y las de sus operadores, prestadores o concesionarios.

No obstante, con el fin de ilustrar al consultante, se procederá a hacer algunas precisiones generales sobre el tema, en los siguientes términos:

ii) Obligaciones de los Entes Territoriales

Conforme lo previsto en el artículo 365 de la Constitución Política, desarrollado entre otros, por el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, la prestación de los servicios públicos domiciliarios puede ser efectuada por el Estado, por los particulares o por comunidades organizadas.

El artículo 367 Constitucional determina que los municipios se encuentran facultados de forma excepcional, para prestar los servicios públicos de manera directa, cuando las características técnicas y económicas de los mismos y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen.

En ese orden, tal como lo prevé el numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley 142 de 1994, es competencia de los municipios, *“Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio (...)*”.

De este modo, es responsabilidad del municipio, garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos en el área de su territorio (sin distinguir el tipo de suelo, rural o urbano), bien sea por la autoridad territorial de manera directa o a través de los diferentes prestadores, autorizados por el artículo 15 de la Ley 142 de 1994.

Es así, como el artículo 6o de la Ley 142 de 1994 establece los supuestos en los que procede la prestación directa por parte del municipio, de la siguiente forma:

“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, aun 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 (...).”

De acuerdo con la disposición en cita, si bien los municipios por expresa disposición constitucional pueden prestar de forma directa los servicios públicos domiciliarios, esta prestación es de carácter excepcional, pues la regla general es que estos sean prestados por los particulares, motivo por el cual, sólo en la medida en que se haya agotado el procedimiento contemplado en el artículo 6o, podrán los entes territoriales hacerlo directamente.

Ahora, respecto de la prestación indirecta del servicio por parte de los entes territoriales, esta se presenta cuando en ejercicio de sus facultades conformen empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

En este evento, la empresa constituida será un actor más dentro del mercado, y, por tanto, debe el municipio respetar los principios de libertad de entrada y las condiciones de competencia en la prestación, por lo que deberá abstenerse de otorgar ventajas a aquellas empresas constituidas como oficiales, o a las que tengan alguna participación municipal. Bajo este contexto, se debe tener presente que cuando los municipios son propietarios de bienes e infraestructura destinada

a la prestación de servicios públicos domiciliarios, pueden utilizarla de forma directa para prestarlos directamente, una vez hayan cumplido el trámite previsto en el mencionado artículo 6o.

A su vez, si el ente territorial pretende prestar el servicio de forma indirecta, a través de su participación en la conformación de empresas de servicios públicos, se encuentra facultado igualmente para entregar dicha infraestructura como aporte de capital, ya sea al momento de su constitución o posteriormente, evento en el cual deberá verificar, lo señalado en los artículos 19, 27 y 183 de la Ley 142 de 1994, entre otros.

Asimismo, los municipios pueden celebrar contratos de concesión o similares con prestadores de servicios públicos domiciliarios conforme lo señalado en los artículos 31 y 39 ibidem, en los cuales entregue los bienes y la infraestructura de su propiedad, sin transferencia de dominio, así como hacer aportes bajo condición a los prestadores ubicados en su territorio, de bienes de su propiedad, en virtud de lo dispuesto en el numeral 87.9, artículo 87 de la Ley 142 de 1994. A continuación, se planteará una orientación general sobre el régimen de contratación en los servicios públicos, incluidos los contratos de concesión objeto de su consulta, así:

iii) Régimen contractual en los servicios públicos domiciliarios.

Frente al régimen de contratación de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, debe atenderse lo dispuesto en los artículos 31 y 39 de la Ley 142 de 1994, los cuales señalan:

“ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

(...)

PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.

(...)

ARTÍCULO 39. CONTRATOS ESPECIALES. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

39.1. Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente. El contrato de concesión de aguas, es un contrato limitado en el tiempo, que celebran las entidades a las que corresponde la responsabilidad de administrar aquellas, para facilitar su explotación o disfrute. En estos contratos se pueden establecer las condiciones en las que el concesionario devolverá el agua después de haberla usado.

(...)

39.3. Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o

concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban.

(...)

PARÁGRAFO. Salvo los contratos de que tratan el parágrafo del artículo 39 y el numeral 39.1 de la presente ley, todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado. Los que contemplan los numerales 39.1, 39.2 y el 39.3 no podrán ser cedidos a ningún título, ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte. Cuando cualquiera de los contratos a que este capítulo se refiere permitan al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría". (Subraya fuera de texto)

De conformidad con los artículos transcritos, se infiere que los contratos celebrados por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios se someten -como regla general- a las normas del derecho privado, sin importar la naturaleza jurídica del prestador (privada o pública), salvo las excepciones que la Constitución y la Ley dispongan.

Una de estas excepciones legales, conforme a lo previsto en el parágrafo de los artículos 31 y 39 señalados, establece que los contratos que celebren los entes territoriales con prestadores para que estos asuman la prestación de uno o varios de los servicios públicos domiciliarios deberán sujetarse a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; en consecuencia, dichos contratos se regirán por el derecho público bajo un proceso de licitación pública.

En complemento de lo anterior, para el caso específico de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en la segunda parte del literal e) del artículo 1.4.2.2 de la Resolución CRA 943 de 2021 (compilatoria de la Resolución CRA 151 de 2001), dispone que deben someterse a procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes, entre otros, los siguientes contratos:

“Artículo 1.4.2.2. Contratos que deben celebrarse por medio de procedimientos regulados que estimulan concurrencia de oferentes. Se someterán a los procedimientos regulados, para estimular la concurrencia de oferentes: (...) e) (...) 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. (...)” (resaltado fuera de texto)

De este modo, aquellos contratos que tengan por objeto: i) transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes destinados de forma directa y exclusiva a prestar los servicios públicos, ii)

concesiones o similares con cobro de tarifas a usuarios finales y iii) transferir, a cualquier título, la administración de los bienes destinados a la prestación del servicio y/o de los ingresos recaudados vía tarifas, deben regirse por los procedimientos establecidos por la regulación que estimulan la concurrencia de oferentes.

En términos generales, esta Oficina Asesora Jurídica abordó recientemente el tema de la infraestructura de servicios públicos domiciliarios a través del Concepto SSPD-OJ-2023-632, en el que se pronunció sobre los siguientes aspectos:

“(…), es de indicar que los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica y gas combustible, en efecto requieren de una infraestructura física para su prestación, la cual se encuentra conformada por un conjunto de redes, tuberías, accesorios y equipos a través de los cuales se transportan los residuos sólidos o líquidos, la energía o el gas, de acuerdo al servicio de que se trate. Ello no sucede con el servicio público de aseo, ya que la prestación del mismo, se desarrolla a través de medios diferentes a las redes y tuberías que se utilizan para los demás servicios públicos domiciliarios, ya que en este caso la infraestructura de prestación, está dada de manera principal, por los vehículos a través de los cuales se recolectan, transportan y se llevan al sitio de disposición final, los residuos principalmente sólidos que depositan los usuarios de este servicio, con tal propósito. (…).

En este orden de ideas, en efecto es claro que quien vaya a prestar el servicio deberá contar con la infraestructura pertinente, que bien puede ser de su propiedad por haber asumido los costos de su construcción, o que puede no serlo, evento en el cual, deberá encontrarse facultado para utilizar las redes existentes. En todo caso, de acuerdo al servicio de que se trate, será necesario que las redes que conforman la infraestructura de prestación del servicio que se va a prestar, se encuentren dispuestas para el inicio de la operación pertinente, ello sin perder de vista que, se debe dar cumplimiento a todos los requisitos y condiciones necesarias exigidas legalmente, para poder iniciar la mencionada operación”.

De esta manera, se tiene que quien vaya a prestar el servicio deberá contar con la infraestructura pertinente, ya sea que esta sea de su propiedad por haber asumido los costos de su construcción, o que puede no serlo. En este segundo evento, deberá estar facultado para utilizar las redes existentes.

De igual manera, conviene traer a colación lo manifestado por esta Oficina en el Concepto SSPD-OJ-2023-262, en el cual se señaló lo siguiente en relación con la prestación indirecta del servicio por parte del ente territorial:

“Conforme lo expuesto, podrán existir inicialmente los siguientes escenarios: i) El ente territorial deberá dar aplicación al parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 cuando este y el prestador de un servicio de cualquier naturaleza, celebren contratos para que la empresa asuma la prestación del servicio, en este evento, el contrato a suscribir deberá adelantarse bajo las disposiciones de la Ley 80 de 1993, por lo tanto, deberá organizar una licitación pública, en la cual todos los prestadores interesados participen en igualdad de condiciones. ii) El ente territorial podrá entregar como aporte

la infraestructura para la constitución de una empresa en la cual hará parte, en cuyo caso, considerando que será un prestador indirecto, deberá verificar, entre otros, lo señalado en los artículos 19, 27 y 183 de la Ley 142 de 1994.

Para el efecto, se considera importante resaltar que la infraestructura a entregar deberá estar disponible, es decir, que no esté sujeta a condiciones particulares de cumplimiento de obligaciones adquiridas de forma previa, como podría serlo, por ejemplo, la utilización de la misma por otro prestador en el marco de una licitación. iii) Si el ente territorial pretende entregar la infraestructura del servicio público y a su vez, es prestador actual de ese servicio público (ej. contrato de operación), para el caso puntual de infraestructura de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, la entrega deberá estar sometida a las reglas de la Resolución CRA 151 de 2001 y sus modificaciones, norma actualmente compilada en la Resolución CRA 943 de 2021, artículos 1.4.2.1 y siguientes. iv) A partir de lo enunciado en el numeral 87.9, artículo 87 de la Ley 142 de 1994 podrá realizarse la entrega de la infraestructura construida con recursos públicos a un prestador, reservándose la propiedad la entidad pública que realice los aportes, descontando el prestador del servicio de la tarifa cobrada al usuario, el costo de inversión, lo cual constituirá un subsidio para todos los usuarios a los cuales se realice la prestación del servicio con dicha infraestructura. Esta figura es conocida como aporte bajo condición”.

iv) Entrega de infraestructura para la prestación de los servicios públicos domiciliarios

En este punto, debemos mencionar que el ente territorial, puede entregar infraestructura para la prestación del servicio a un prestador, reservándose la entidad pública la propiedad y descontando el costo de inversión de la tarifa cobrada a los usuarios. Esto, a través de la celebración de un contrato de concesión u operación, según sea el interés del ente territorial.

En concordancia, es preciso indicar que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, mediante el Concepto CRA 20230120081041 de 2023, abordó la manera en que deben entregarse las redes de infraestructura de servicios públicos domiciliarios a la empresa encargada de prestar dichos servicios, veamos:

“(…). 2. ¿El municipio debe entregar las redes a la empresa de servicios públicos para su administración y mantenimiento? A través de que medio donación, concesión u otra forma. En cuanto al régimen contractual de las personas prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillo, la Resolución 943 de 2021 señala:

“Artículo 1.4.1.1. Regla general en materia de contratación. De conformidad con lo establecido en los artículos 30, 31, 32 y 39 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos que celebren las personas prestadoras de servicios públicos se someten en cuanto a su formación, cláusulas y demás aspectos legales al régimen del derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley. (Resolución CRA 151 de 2001, art. 1.3.2.1).

Artículo 1.4.1.2. Contratos que deben celebrarse por medio de licitación pública.
Se someterán al procedimiento de licitación pública contenido en la Ley 80 de 1993, los siguientes contratos: (...) b) 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. (Resolución CRA 151 de 2001, art. 1.3.2.2). (Modificado por Resolución CRA 242 de 2003, art. 1).” (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, los artículos 1.4.2.1 y 1.4.2.2 de la citada Resolución CRA 943 de 2021 señalan:

“Artículo 1.4.2.1. Contratos sometidos a procedimientos que estimulan la concurrencia de oferentes. De conformidad con lo establecido en la Ley 142 de 1994, las entidades territoriales y las personas prestadoras de servicios y actividades a que se refiere la presente resolución, deben someterse a procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes en los siguientes casos:

(...)

c. Los contratos en los cuales las entidades oficiales transfieren la propiedad o el uso y goce de los bienes que destinan especialmente a prestar los servicios públicos, concesiones, arrendamiento o similares, en virtud de los cuales se transfiere la posibilidad para que el contratista preste total o parcialmente el servicio a usuarios finales a los que puede cobrar tarifas. En este caso el procedimiento de selección de la persona prestadora es el previsto en el artículo siguiente. (...).”

En este entendido, el municipio puede entregar infraestructura a un prestador para que asuma la operación siguiendo las formas jurídicas señaladas. Por otra parte, cuando quiera que el municipio constituye una empresa de servicios públicos y entrega la infraestructura como aporte social a la empresa que se crea en el mismo momento de la creación no requiere adelantar el proceso de licitación pública a que se refiere el parágrafo del artículo 31 de la ley 142 de 1994.

De igual forma, otra figura jurídica, podría ser la señalada en el artículo 87.9 de la Ley 142 de 1994, que establece que las entidades públicas podrán aportar bienes o derechos a las empresas de servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios y que en el presupuesto de la entidad que autorice el aporte, figure este valor. Esta figura, no es aplicable cuando se realice enajenación o capitalización de dichos bienes o derechos.

Así, los aportes bajo condición se refieren precisamente a aquellos bienes que las entidades públicas aportan y que no pueden ser trasladados a la tarifa del usuario. En este sentido, al realizar esta clase de aportes, se establece la condición para la persona prestadora de no incluir el valor de estos en el cálculo de las tarifas que se cobren a los usuarios.

La figura de contratos o acuerdos de aportes bajo condición más que una formalidad de corresponder con un contrato, un acuerdo, un convenio o cualquier otro instrumento jurídico a través del cual se formalice dicho aporte y la condición de no trasladarse a la tarifa del usuario, corresponde decidirla a cada entidad territorial para aportar esos recursos o infraestructura.

Según el concepto en cita, si el municipio celebra contratos con empresas de servicios públicos para que estas asuman la prestación del servicio, debe hacerlo mediante licitación pública según la Ley 80 de 1993, conforme a la Resolución CRA 943 de 2021. Sin embargo, si el municipio constituye una empresa de servicios públicos y entrega la infraestructura como aporte social en el momento de su creación, no se requiere licitación pública según la Ley 142 de 1994, siempre que se agote el procedimiento del artículo 6o de la Ley 142 de 1994. Además, otra opción es la prevista en el artículo 87.9 de la Ley 142 de 1994, que permite a las entidades públicas aportar bienes o derechos a las empresas de servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando estos no se incluyan en el cálculo de las tarifas cobradas a los usuarios.

Esta figura, conocida como "aportes bajo condición", establece que los bienes aportados no deben ser trasladados a las tarifas de los usuarios y puede formalizarse mediante diversos instrumentos jurídicos, según decida cada entidad territorial. En consecuencia, corresponde al ente territorial, como propietario de la infraestructura de prestación del servicio, verificar el procedimiento a seguir y decidir cómo entregar o utilizar dicha infraestructura. Finalmente, corresponde al prestador, así como a las entidades territoriales determinar la aplicación de las normas según el contrato a suscribir, propendiendo por (i) garantizar la libre competencia, (ii) impedir los abusos de posición dominante y (iii) favorecer la continuidad y calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en este caso, los de acueducto y saneamiento básico.

CONCLUSIONES

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

1. *“1. Con ocasión de la autonomía de las partes, ¿puede realizar el municipio y el prestador un otro si en el cual se definan las responsabilidades de las partes respecto a las inversiones de expansión y/o reposición del sistema de acueducto?”*
 2. *“2. En el caso objeto de consulta, ¿Qué otra opción tienen las partes (concedente y concesionario) que les permita realizar la reposición de la red y/o expansión del sistema?, ya que en últimas lo que se busca es garantizar la efectiva prestación de los servicios con estándares de calidad, continuidad y cobertura”*
 3. *“Por el solo hecho de existir un contrato de (concesión) ¿puede un ente territorial excluirse de su responsabilidad de inversión en servicios públicos domiciliarios respecto a la expansión y/o reposición?”*
- La competencia de la Superintendencia, en especial el ejercicio de las funciones presidenciales determinadas en la Ley 142 de 1994, se desarrolla única y exclusivamente sobre los prestadores de servicios públicos domiciliarios, específicamente en cuanto a la ejecución de las actividades propias de la prestación del servicio o aquellas complementarias al mismo.
 - Esta Superintendencia, no tiene competencia para revisar las actuaciones que adelanten los entes territoriales en materia contractual o en otra materia como son las inversiones para realizar por estos en el marco de un contrato de concesión.

- Conforme, el artículo 5 de la Ley 142 de 1994, los municipios tienen la obligación de garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de manera directa o indirecta a sus habitantes.
 - Los contratos celebrados por los entes territoriales con el fin de que una empresa asuma la prestación de un servicio público domiciliario, deberán efectuarse bajo las normas contenidas en la Ley 80 de 1993 y, en tal sentido, la selección del prestador deberá adelantarse bajo un proceso de licitación pública en los términos del régimen de contratación estatal, a través de la cual se garantice la concurrencia de prestadores. Así pues, será responsabilidad de cada uno de los entes territoriales establecer para cada uno de los casos específicos, el régimen contractual y el método de selección al cual debe acudir bajo la estricta observancia de la normatividad vigente aplicable.
 - Además, cuando una entidad municipal requiera la transferencia de su infraestructura a un prestador para que este lleve a cabo sus funciones y actividades, dicho prestador podrá acceder a ella mediante diversas formas contractuales como, contratos de operación especializada, contratos de aporte condicionado o contratos de administración, entre otros. Estos acuerdos se identifican como especiales según lo establecido en el numeral 3 del artículo 39 y el numeral 87.9 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994. Corresponderá al municipio como propietario de la infraestructura de prestación del servicio, verificar el procedimiento a seguir, así como decidir la opción de entregar o utilizar dicha infraestructura. En todo caso, también deberá asegurarse de la legitimidad de la concurrencia de oferentes conforme a lo establecido en la normativa desarrollada en el concepto transcrito.
4. *¿Puede el ente territorial realizar inversiones en un sistema de acueducto rural con recursos del SGP a pesar de haber sido entregada la infraestructura de acueducto mediante un contrato de concesión máxime que en dicho contrato no quedo atribuida la responsabilidad para ninguna de las partes en lo que respecta a la expansión y/o reposición del sistema?*
5. *Ante la negativa del ente territorial de realizar inversiones en los acueductos rurales con ocasión del contrato de concesión ¿qué puede hacer el prestador (Concesionario) para garantizar la prestación del servicio la cual se encuentra en riesgo por falta de recursos para realizar expansión y/o reposición de redes?*
- Se reitera que esta Superintendencia, no tiene la competencia para revisar las actuaciones que adelanten los entes territoriales en materia contractual, ni aquellas relacionadas con el cumplimiento de sus obligaciones o con las inversiones que deban realizar en el marco de dichos contratos.

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

RADS

Página 13 de 13

Cordialmente,

MARIA CAMILA LOZANO MARTINEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)