

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **RADS**

Fecha: **FRADS**

NT-F-001. V.12

Página 1 de 15

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2026-150

Señor

XXXXXXXXXX

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 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

¹ Radicado

TEMA: CONTRATOS Y CONVENIOS CON EL MUNICIPIO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO.

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

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

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

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

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 para la prestación del servicio público de acueducto y las obligaciones del Ente Territorial respecto este, a las cuales se dará respuesta en el acápite de conclusiones.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Constitución Política de Colombia
Ley 142 de 1994⁵
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

Se precisa que la respuesta contenida en este documento corresponde a una interpretación jurídica general de la normativa que conforma el régimen de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual los criterios aquí expuestos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, tal como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2014.

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.

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 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.

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

En este sentido, es preciso señalar que la competencia de esta Superintendencia y en especial, el ejercicio de las funciones presidenciales aludidas, se desarrolla única y exclusivamente 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.

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 y mucho menos, pronunciarse sobre las obligaciones de las partes o sobre la responsabilidad de las mismas en su cumplimiento, 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, así como tampoco le está permitido pronunciarse sobre las órdenes judiciales al respecto.

Sin perjuicio de lo anteriormente 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, (iv) entrega de infraestructura para la prestación de los servicios públicos domiciliarios y (v) Prestación del servicio de acueducto – área de prestación del servicio - APS.

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).

Así mismo, 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 consagradas en el artículo 6 del Decreto 1369 de 2020.

En ese contexto, 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, en especial el ejercicio de las funciones presidenciales aludidas, 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.

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

De manera inicial, es preciso indicar que a voces de lo dispuesto 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.

Por su parte, 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.

Sobre el particular, es importante señalar que 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 (...)”*, tal como lo prevé el numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley 142 de 1994.

Dicha obligación es reiterada en el artículo 2.3.2.2.3.95. del Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015, al disponer lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.3.2.2.3.95. Obligaciones de los municipios y distritos. Los municipios y distritos en ejercicios de sus funciones deberán:

- 1. Garantizar la prestación del servicio público de aseo en el área de su territorio de manera eficiente.***
- 2. Definir el esquema de prestación del servicio de aseo y sus diferentes actividades de acuerdo con las condiciones del mismo.***
- 3. Formular y desarrollar el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos de acuerdo con lo definido en este capítulo.***
- 4. Definir las áreas para la localización de estaciones de clasificación y aprovechamiento, plantas de aprovechamiento, sitios de disposición final de residuos y estaciones de transferencia, de acuerdo con los resultados de los estudios técnicos, requisitos ambientales, así como en el marco de las normas urbanísticas del respectivo municipio o distrito.***

5. Adoptar en los PGIRS las determinaciones para incentivar procesos de separación en la fuente, recolección selectiva, acopio y reciclaje de residuos, cómo actividades fundamentales en los procesos de aprovechamiento de residuos sólidos.

(...)

12. Las demás que establezcan las autoridades sanitarias y ambientales de acuerdo con sus funciones y competencias.

PARÁGRAFO. Independientemente del esquema de prestación del servicio público de aseo que adopte el municipio o distrito, este debe garantizar la prestación eficiente del servicio y sus actividades complementarias a todos los habitantes en su territorio, de acuerdo con los objetivos y metas definidos en el PGIRS.” (Subrayado fuera de texto)

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 esta prestación directa procede por parte de un 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 (...)". (subrayado fuera del texto).

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 6, 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 60.

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.

Así mismo, 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, 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 antes transcritos, es preciso indicar que los contratos celebrados por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios deberán someterse -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.

No obstante, una de estas excepciones legales, tal como lo plantea el parágrafo del artículo 31 y 39 antes señalados, dispone que los contratos celebrados por los entes territoriales con los prestadores, para que estos asuman la prestación de uno o varios de los servicios públicos domiciliarios deberán atender las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en ese sentido, el contrato se regirá por el derecho público bajo un proceso de licitación pública.

En complemento de lo anterior, para el caso específico de los servicios 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 señalados en el literal e):

“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; es decir, aquellos que favorezcan los principios previstos en el artículo 209 de la Constitución Política.

En términos generales, esta Oficina Asesora Jurídica abordó 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:

“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 con todo lo expuesto, 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 previamente señaladas.

Otra figura jurídica, podría ser la estipulada 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 jurídica 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, y considerando estos escenarios, 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. Además, debe determinar la necesidad de expedir el acto administrativo pertinente, asegurándose de que se ajuste a las modalidades previamente descritas. Es fundamental que esta decisión no implique la apropiación indebida de recursos o bienes públicos destinados a la prestación de servicios públicos. Finalmente, corresponderá 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.

v) Prestación del servicio de acueducto– área de prestación del servicio - APS

Teniendo en cuenta que una de sus inquietudes es sobre el APS para la prestación del servicio público de acueducto, es preciso señalar que el servicio público domiciliario de acueducto considerado como la distribución por red de agua potable o apta para el consumo humano, de

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley 142 de 1994, debe cumplir con condiciones de calidad y continuidad.

Ahora bien, respecto al área de prestación del servicio es oportuno remitirnos al inciso tercero del artículo 2.1.1.1.3 de la Resolución CRA 943 de 2021, el cual señala:

“Artículo 2.1.1.1.3. Definiciones. Para efectos de la aplicación del presente Subtítulo se tendrán en cuenta las siguientes definiciones, además de las consignadas en la normativa vigente: Área de prestación del servicio - APS:

Corresponde a las áreas geográficas del municipio y/o distrito en las cuales las personas prestadoras proveen los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado”.

Así las cosas, el área de prestación corresponde a las áreas geográficas que el prestador defina como áreas en las cuales prestara sus servicios, es decir, el mismo prestador es quien determina cuál es su área de prestación de acuerdo con los lugares en donde prestara el servicio.

Al respecto se debe tener en cuenta que para el caso del área de prestación en zona urbana esta área debe corresponder a lo dispuesto por el municipio en su plan de ordenamiento territorial y con los Planes Maestros de Acueducto y Alcantarillado, diferente de las áreas rurales en las cuales es el mismo prestador quien define si incluye un área rural al área de su prestación o no.

Ahora bien, en cuanto a la definición del área de prestación del servicio el artículo 2.1.1.1.5 ibídem señala:

“Artículo 2.1.1.1.5. Definición del área de prestación del servicio - APS. Las personas prestadoras deberán definir un Área de Prestación del Servicio - APS en cada uno de los municipios y/o distritos que atiendan y reportarla al municipio y/o distrito respectivo.

En los casos en que las personas prestadoras atiendan más de un municipio y/o distrito, independiente de si lo hace mediante un sistema interconectado o no, definirá un APS por cada uno.

Parágrafo 1. Las personas prestadoras podrán definir APS diferentes para cada servicio únicamente en los siguientes casos: (i) Cuando sólo presten uno de los dos servicios públicos domiciliarios. (ii) Cuando atiendan suscriptores del servicio público domiciliario de alcantarillado que no sean suscriptores del servicio de acueducto porque disponen de fuentes alternas de abastecimiento, o (iii) Cuando atiendan suscriptores del servicio público domiciliario de acueducto, pero estos dispongan de soluciones particulares de vertimientos que cumplan con los criterios ambientales establecidos por las autoridades competentes.

Parágrafo 2. Las personas prestadoras deberán calcular los costos económicos de referencia de que trata el presente Subtítulo, por cada servicio público y para cada APS que atiendan. En aquellos eventos en que con un mismo sistema interconectado se atiendan varias APS se podrán calcular costos económicos de referencia

unificados. Se deberá tener en cuenta que el número de suscriptores, el ICTA definido en el artículo 2.1.1.1.3.2.1, el ITO definido en el artículo 2.1.1.1.3.3.2 y las inversiones deberán establecerse por APS para luego ser unificados. Dichos costos deberán calcularse para ambos servicios, independiente de si la interconexión se da en solo uno de los servicios públicos.

Parágrafo 3. De conformidad con el artículo 5 de la Ley 142 de 1994, es competencia del municipio asegurar que se presten los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en el municipio, particularmente en aquellas áreas que no sean reportadas como APS por ningún prestador.

Parágrafo 4. Las personas prestadoras podrán agregar la información de la totalidad de las APS que pertenezcan al mismo segmento, correspondan o no a sistemas interconectados, para que el cálculo del Costo Medio de Administración (CMA) sea realizado de forma unificada por segmento. Para ello, se deberá tener en cuenta que el número de suscriptores, así como el ICTA, deberán establecerse por APS para luego ser unificados.”

En este sentido, los prestadores tienen el deber de definir el área de prestación del servicio - APS, para cada uno de los municipios y distritos que atiendan y reportarla a cada municipio o distrito respectivos. Es de señalar que, en un municipio puede comprender perímetro urbano y rural. Así mismo, cuando un mismo prestador tenga a su cargo diferentes servicios puede definir diferentes APS para cada servicio cuando atiendan suscriptores del servicio de alcantarillado, pero que no son suscriptores de acueducto porque disponen de fuentes alternas de abastecimiento o cuando atiendan suscriptores del servicio de acueducto pero que no son suscritores de alcantarillado por disponer de soluciones particulares de vertimientos que cumplan con los criterios ambientales establecidos por las autoridades competentes.

Es preciso tener en cuenta que es obligación de los usuarios suscribirse a los servicios de acueducto y alcantarillado si estos se encuentran disponibles en el área, salvo que como lo indica la norma, se cuente con fuentes alternas de abastecimiento para el servicio de acueducto o soluciones particulares de vertimientos para el servicio de alcantarillado.

CONCLUSIONES

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

1. **Respuesta a “1.** *Si una empresa de servicios públicos domiciliarios puede ser considerada responsable de manera subsidiaria y permanente en el cumplimiento de obligaciones judiciales asignadas principalmente al Municipio, aun en ausencia de contrato interadministrativo vigente.*
2. *Si resulta jurídicamente procedente que una empresa prestadora asuma costos asociados al transporte y suministro de agua potable sin que exista respaldo contractual, apropiación presupuestal o fuente de financiación definida.*

3. Cuáles son los riesgos fiscales, disciplinarios, administrativos y tarifarios en los que podría incurrir una empresa de servicios públicos al mantener un esquema de suministro bajo estas condiciones.

4. Si la continuidad de este tipo de suministro podría generar la configuración de una obligación permanente o estructural para la empresa, aun tratándose de una actividad inicialmente excepcional y transitoria.

5. Si es viable exigir el pago total de los costos de transporte (flete) por parte de los solicitantes del servicio, sin que medie subsidio alguno por parte de la empresa.”

- 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.
- 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, ni los impactos fiscales, administrativos, ni disciplinarios que deriven de tales actuaciones.
- 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, deberá 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. Es importante señalar que 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.

2. **Respuesta a** *“6.Cuál es el alcance de la responsabilidad de la empresa frente a la prestación de este tipo de suministro en zonas que no hacen parte de su Área de Prestación del Servicio – APS., máxime cuando la capacidad hídrica a la fecha es limitada incluso para los usuarios que atiende en su APS”.*

De acuerdo con lo señalado en el artículo 2.1.1.1.3 de la Resolución CRA 943 de 2021, el área de prestación del servicio corresponde a las áreas geográficas que el prestador defina como áreas en las cuales prestara sus servicios, es decir, es el mismo prestador quien determina cuál es su área de prestación de acuerdo con los lugares en donde prestará el servicio.

Ahora bien, en cuanto a la definición del área de prestación del servicio, según el artículo 2.1.1.1.5 los prestadores tienen el deber de definir el área de prestación del servicio para cada uno de los municipios y distritos que atiendan y debe reportarla a cada municipio o distrito respectivos. Es de señalar que, en un municipio puede comprender perímetro urbano y rural.

Así las cosas, el área de prestación del servicio - APS, es la parte del territorio del municipio o distrito, en la que un prestador debe prestar el servicio, siendo su obligación hacerlo en dicha área o zona específica, motivo por el cual, si existen inmuebles que no se encuentran incluidos dentro de la APS, será el municipio quien, en cumplimiento de las obligaciones legales a su cargo, garantizará la prestación del servicio.

Cordialmente,

MARIA CAMILA LOZANO MARTÍNEZ
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E)