

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-2026-051

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

TEMA: RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Subtema: Inclusión de cláusulas exorbitantes en un contrato de operación de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.

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 exlimitación 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 relacionadas con la inclusión de cláusulas exorbitantes en un contrato de operación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, las cuales serán transcritas y resueltas en el aparte de conclusiones del presente concepto.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley 142 de 1994⁵

Decreto 1369 de 2020⁶

Resolución CRA 943 de 2021⁷

Concepto Unificado SSPD-OJU-2010-020⁸

Concepto SSPD-OJ-2010-631⁹

Concepto SSPD-OJ-2025-418¹⁰

Concepto SSPD-OJ-2025-221¹¹

Concepto SSPD-OJ-2025-280¹²

CONSIDERACIONES

Previo al desarrollo del presente concepto es necesario aclarar que, en sede de consulta no se emiten pronunciamientos y/o deciden situaciones de carácter particular y concreto, teniendo en cuenta que los conceptos constituyen orientaciones que no comprometen la responsabilidad de la Superintendencia y tampoco tienen carácter obligatorio o vinculante, ya que se emiten conforme con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 introducido por sustitución de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.

A su vez, es preciso señalar que los artículos 79 de la Ley 142 de 1994 y 6 del Decreto 1369 de 2020 atribuyeron a esta Superintendencia las funciones de inspección, vigilancia y control

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."

⁵ "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones."

⁶ "Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios"

⁷ "Por la cual se compila la regulación general de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, y se derogan unas disposiciones."

⁸ Disponible para consulta en:

https://normograma.info/sspd2024/compilacion/docs/concepto_superservicios_2010_20.htm

⁹ Disponible para consulta en:

https://normograma.info/sspd2024/compilacion/docs/concepto_superservicios_0000631_2010.htm

¹⁰ Disponible para consulta en:

https://normograma.info/sspd2024/compilacion/docs/concepto_superservicios_0000418_2025.htm

¹¹ Disponible para consulta en:

https://normograma.info/sspd2024/compilacion/docs/concepto_superservicios_0000221_2025.htm?resaltar=%22contrato+de+operaci%C3%B3n%22

¹² Disponible para consulta en:

https://normograma.info/sspd2024/compilacion/docs/concepto_superservicios_0000280_2025.htm

de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, de forma genérica, en lo concerniente a la ejecución de los contratos que estos celebren con los usuarios, como también sobre el cumplimiento de las leyes, reglamentos, regulación y en general normativa a la cual se encuentren sujetas las personas naturales o jurídicas que prestan los servicios públicos domiciliarios o las actividades complementarias a estos.

En consecuencia, se debe precisar que dentro de las funciones asignadas a esta Superintendencia no se encuentra establecer el régimen de contratación aplicable respecto de un contrato diferente al de prestación de dichos servicios entre el prestador y los usuarios, como lo señala el numeral 2, artículo 79 de la Ley 142 de 1994.

Lo anterior, por cuanto no le está permitido a esta Superintendencia pronunciarse sobre el contenido de los actos y contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, en atención a lo dispuesto en el párrafo primero, artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, el cual señala:

“ARTÍCULO 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:

*(...) PARÁGRAFO 1. **En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya.** El Superintendente podrá, pero no está obligado, visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite. (...)*” (negrilla fuera de texto)

En este sentido, los conceptos emitidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no refieren a situaciones concretas, razón por la cual, esta Oficina en desarrollo de su función consultiva abordará la consulta presentada de manera general.

Para iniciar, es preciso mencionar que el régimen de contratación de los actos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, se encuentra consagrado en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, entre otros, los cuales señalan:

“ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se registrará, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las

cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

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 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas [y] todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares.” (resaltado fuera de texto)

Conforme con la norma en cita, en el régimen de los servicios públicos domiciliario la regla general es que los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - EGCAP, ya que se rigen por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones expresas señaladas en la norma.

De esta forma, algunas de las excepciones establecidas por la Ley 142 de 1994 se encuentran contenidas en: (i) el parágrafo del artículo 31 ibídem, referentes a los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos domiciliarios, con el objeto que estas asuman la prestación de dichos servicios o para que se sustituya un prestador en causal de disolución o liquidación, (ii) el numeral 1 del artículo 39 ibídem el cual refiere a los contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente y (iii) lo consagrado en el artículo 40 respecto de las áreas de servicio exclusivo - ASE.

En este sentido, la regla general en el régimen de contratación aplicable a los prestadores de servicios públicos domiciliarios es la aplicación del derecho privado y por excepción, las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los casos establecidos de manera expresa en la Constitución y la Ley.

Desde esta óptica, el régimen de contratación contenido en la Ley 142 de 1994 es aplicable solo para los prestadores de servicios públicos domiciliarios, los cuales se encuentran definidos por el artículo 15 ibídem, más no para las entidades públicas en general que pretendan suscribir contratos para la operación de servicios públicos domiciliarios. El citado artículo consagra:

“ARTÍCULO 15. PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17.” (resaltado fuera de texto)

Conforme con la norma en cita, solo las personas señaladas como autorizadas en la norma pueden realizar la prestación de servicios públicos domiciliarios. En este sentido, solo a estos le será aplicable lo señalado, entre otros, en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, por lo cual, cuando un tercero requiere contratar con estos, para determinar el régimen de contratación aplicable se debe evaluar la naturaleza jurídica del contratante, es decir, el régimen de contratación aplicable será el asignado a este, de conformidad con su naturaleza jurídica y en consideración a las reglas constitucionales o legales que existan al respecto.

En este contexto, las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994 en cuanto hacen referencia al régimen de contratación de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, se reitera, solo son aplicables a los prestadores como contratantes, es decir, en el escenario en que estos sean quienes efectúan la contratación.

En línea con lo anterior, el Concepto Unificado SSPD-OJU-2010-020 señaló:

(...) 2. REGLA GENERAL EN MATERIA DE ACTOS Y CONTRATOS DE PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

De acuerdo con el artículo 32 de la ley 142 de 1994: “Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.” y “La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.”

De modo que, para el análisis del régimen de actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, debe partirse de una regla general:

aplica el “derecho privado”. Y sólo deben aplicarse las disposiciones de “derecho público” cuando así lo señale de manera expresa la misma ley 142 de 1994 o una disposición constitucional. Una de estas excepciones, por ejemplo, son los contratos a que se refiere el numeral 1 del artículo 39 de la ley 142 de 1994.

De otra parte, el artículo 31 de la ley 142 de 1994, señala que los contratos que celebren las entidades estatales que presten servicios públicos se rigen por el derecho privado, salvo en lo que la ley 142 disponga otra cosa. A su vez, el párrafo del mismo artículo señala que los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas de servicios públicos, para que estas asuman la prestación de los servicios públicos, o para que sustituyan en la prestación a otra empresa que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán por el estatuto general de la contratación pública, y en todo caso el proceso de selección deberá realizarse previa licitación pública. (...) (resaltado fuera de texto)

De igual forma, esta Oficina mediante Concepto SSPD-OJ-2010-631 en relación con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, así como la aplicación de los principios de la administración pública, de forma particular, los principios de libre concurrencia y transparencia señaló:

(...) Por su parte, el párrafo del artículo 31 citado, dispone que los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos, con el objeto de que éstas 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.

Por lo tanto, la norma general está representada por la aplicación del régimen de derecho privado, salvo en los casos en que como se dijo anteriormente, en el contrato se dé aplicación a los mecanismos excepcionales previstos en los artículos 31 y 35 de la Ley de servicios públicos domiciliarios.

Es importante tener en cuenta que, si bien es cierto que el régimen de actos y contratos de los prestadores de servicios públicos es de derecho privado salvo las excepciones previstas en la Ley 142 de 1994, ello no significa que en los procesos de contratación que se celebren no deban observarse los principios de transparencia y de libre concurrencia, ya que conforme lo dispone el artículo 30 ídem, las normas sobre contratos que contiene la Ley 142 de 1994 se interpretarán y aplicarán de acuerdo con los principios del Título Preliminar de la misma, en la forma que mejor garantice la libre concurrencia de oferentes y que mejor impida los abusos de posición dominante.

En cuanto a las modificaciones introducidas por la Ley 1150 de 2007 al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), la Oficina Asesora Jurídica ha señalado que, en principio, no son aplicables a los contratos celebrados por los Prestadores Oficiales de Servicios Públicos, ya que su régimen de contratación, por lo establecido en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, es de derecho privado. En este caso, prevalece la norma de interpretación jurídica según la cual la Ley especial prima sobre la Ley general.

No obstante lo anterior, merece una observación especial lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en el cual se expresa lo siguiente:

“ARTÍCULO 13 PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal (...)” (subraya fuera de texto)

Conforme con lo expuesto, si bien la regla general para los prestadores de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado, sus procesos de contratación deben regirse por los principios de la función administrativa, garantizando así los principios de libre concurrencia y transparencia.

Ahora bien, de forma particular en cuanto refiere a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA mediante la Resolución Compilatoria 943 de 2021 establece:

“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:***

- a) *Los contratos que celebren las entidades territoriales que incluyan cláusulas por medio de las cuales se crea un área de servicio exclusivo, o los que tengan por objeto modificar algunas de las cláusulas de los contratos que hayan creado tales áreas, en el sentido de modificar el concesionario, las tarifas, el área, su tamaño, el programa de inversiones o el término de duración de la misma;*
- 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).” (resaltado fuera de texto)*

ARTÍCULO 1.4.2.4. PROCEDIMIENTOS PARA OTROS CONTRATOS. Los demás contratos para los que no existe en esta resolución procedimiento señalado y que celebren las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, se ceñirán a lo dispuesto en los procedimientos que internamente determine la entidad, cumpliendo con el criterio de asegurar concurrencia de eventuales contratistas en igualdad de condiciones. (...)” (subraya fuera de texto)

En este punto es preciso mencionar que la regulación establece, al igual que la Ley 142 de 1994, la regla general de aplicación del régimen de derecho privado en los actos y contratos

que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios. De igual forma, señala de forma expresa los contratos que se regirán por licitación pública, referidos a dos y respecto de la celebración que realiza los entes territoriales para crear ASE y el referido a la asunción de la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios o para sustituir a otro prestador que suscriba el ente territorial.

En todo caso, la norma señala que cuando no se haya determinado respecto de un contrato un procedimiento particular para celebrar el contrato, se deberá ceñir a procedimientos internos que cumplan con el criterio de asegurar la concurrencia en condiciones de igualdad.

En cuanto refiere a la inclusión de cláusulas excepcionales o exorbitantes la norma en cita establece:

“ARTÍCULO 1.4.3.1. CONTRATOS EN LOS CUALES DEBEN PACTARSE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES. Todas las personas prestadoras de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico o de las actividades complementarias de los mismos a que se refiere esta resolución, **deberán pactar las cláusulas exorbitantes o excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes contratos:**

- a) *En los contratos que conforme a la ley deban adjudicarse por el sistema de licitación, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 y en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994;*
- b) *En los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, y los de mantenimiento siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo en los niveles de calidad y continuidad debidos.*

Se entiende por contratos de obra los definidos en la Ley 80 de 1993; por contratos de consultoría los definidos en el inciso 2o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y por contratos de suministro y compraventa los que tipifica el Código de Comercio;

- c) *En los contratos en los que se entregue total o parcialmente la operación y/o gestión de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado o aseo, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda llevar a una falla en la prestación del servicio por el incumplimiento en la continuidad y/o calidad debidas;*
- d) *En los contratos en los cuales, por solicitud de la persona prestadora, lo haya autorizado la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en forma expresa y previa a su celebración.*

PARÁGRAFO. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. (...) (Resolución CRA 151 de 2001, art. 1.3.3.1). (Modificado por Resolución CRA 293 de 2004, art. 1). (resaltado fuera de texto)

Bajo este contexto normativo, esta Oficina en Conceptos SSPD-OJ-2010-631 indicó:

“(...) No obstante, el mismo artículo citado establece la posibilidad de que las Comisiones de Regulación hagan obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier prestador de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y que las faculten para la inclusión de tales cláusulas en los demás contratos relacionados con la prestación del servicio. Adicionalmente, cuando la inclusión referida sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007. (...)” (subraya fuera de texto)

Por su parte, en el Concepto SSPD-OJ-2025-280 esta Oficina indicó:

“(...) En consecuencia, corresponde al prestador de servicios públicos domiciliarios establecer qué régimen jurídico aplicará a un objeto contractual determinado, considerando para ello que la Ley 142 de 1994 (así como sus modificaciones), al igual que la reglamentación expedida por los respectivos Ministerios y la regulación de las Comisiones de Regulación, constituyen el régimen especial aplicable a la prestación de los servicios públicos domiciliarios. (...)” (subraya fuera de texto)

Finalmente, y en cuanto refiere al Contrato de Operación al cual alude el consultante en los diferentes interrogantes, esta Oficina considera pertinente mencionar el siguiente aparte tomado del Concepto SSPD-OJ-2025-221 emitido por esta Oficina y que resume la línea doctrinaria frente al tema, de la siguiente forma:

“(...) Así las cosas, la diferencia entre el prestador de servicios públicos domiciliarios y el operador con quien este celebra un contrato de operación, radica en la responsabilidad que cada uno tiene frente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y a los usuarios y suscriptores del servicio. Mientras el prestador es el responsable, no solo de la eficiente y continua prestación del servicio, sino de todas las obligaciones que por el hecho de serlo emergen, todo ello bajo la inspección, vigilancia y control de la Super servicios, por su parte, el operador solamente deberá responder por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, frente al contratante, sin que de forma general, deba responder ante la entidad de vigilancia y control o ante los usuarios del servicio.

En efecto, el operador solo responde ante el prestador contratante en el marco del contrato de operación suscrito, ya que las actividades que ejecuta en cumplimiento del mismo, son desarrolladas por cuenta del prestador y no a título propio. Sin embargo, como ya se indicó, su responsabilidad será diferente en el evento de que realice por cuenta propia, actividades inherentes o complementarias a los servicios públicos domiciliarios, ya que, en tal caso, se convertirá en prestador de los mismos, debiendo responder en calidad de prestador.

*En este orden de ideas, cuando nos encontramos frente a un contrato de operación celebrado entre un prestador de servicios y un tercero, ya sea que este último se encuentre constituido como prestador o no, esta Superintendencia no puede entrar a verificar si las obligaciones a cargo del operador fueron cumplidas o no, o si al desarrollar las actividades encomendadas violó el régimen de los servicios públicos o las condiciones uniformes del contrato de servicios públicos, ya que como se indicó, **no se encuentra dentro de la órbita competencial de la entidad, efectuar pronunciamientos al respecto.***

Lo mismo sucede cuando el contrato celebrado, corresponde a aquellos incluidos en la excepción mencionada en los artículos 31 y 32 de la ley 142 de 1994, ya que en tal caso, el contrato deberá ser celebrado atendiendo las previsiones contenidas en la Ley 80 de 1993, y demás normas que consagran el régimen de contratación de la

administración pública, sin que corresponda a esta entidad ejercer las funciones presidenciales de inspección, vigilancia y control sobre los mismos, como se indicó en precedencia. (...) (negrilla fuera de texto)

En el contexto expuesto, en principio esta Superintendencia tampoco tiene competencia para pronunciarse respecto de los contratos de operación en consideración de las facultades asignadas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, así como, del principio de libre autonomía que les asiste a los prestadores, salvo casos particulares y concretos.

CONCLUSIONES

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se procede a dar respuesta a los interrogantes presentados en el escrito de consulta:

1. ***“Inclusión de Cláusulas Exorbitantes: ¿Es jurídicamente viable incluir cláusulas de terminación unilateral, interpretación unilateral y caducidad (propias de la Ley 80 de 1993) en un contrato de operación celebrado entre una EICE y un operador privado, considerando que la naturaleza del contrato es de derecho privado?”***

Esta Superintendencia solo le asiste competencia respecto de la prestación de los servicios públicos domiciliarios en el marco de lo señalado en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, por lo cual y en atención de lo señalado en los considerandos del presente concepto, solo le es viable emitir conceptos en cuanto a los contratos en los que efectivamente le haya asignado la normativa competencia, como lo son el de prestación de servicios públicos domiciliarios entre el prestador de estos servicios, conforme lo señalado en el artículo 15 ibídem, y los usuarios finales de dichos servicios.

De esta forma, deberá verificarse por parte del ente público, es decir, por la EICE lo propio frente al régimen de contratación que gobierna sus actos y contratos. Lo anterior, aunado a que tampoco le asiste a esta entidad realizar pronunciamiento respecto de los contratos de operación, por no estar, en principio y salvo las particularidades de cada caso, contemplados de forma expresa como contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios respecto de los cuales esta entidad guarde competencia.

2. ***“Sustento en la Resolución CRA 293 de 2004: ¿Puede la Resolución CRA 293 de 2004 (o normas concordantes de la CRA) servir de fundamento legal para la inclusión de dichas cláusulas, o su aplicación se limitaría a desnaturalizar el contrato y modificar la Ley 142 de 1994, sin competencias contraviniendo posiblemente el ordenamiento jurídico del régimen privado del contrato?”***

La Resolución CRA 293 de 2004 fue compilada en la Resolución CRA 943 de 2021 la cual es aplicable a los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, en consideración de lo establecido en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, el cual refiere quienes pueden ser prestadores de dichos servicios.

En este sentido, respecto de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, será procedente la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos señalados en el artículo 1.4.3.1 de la Resolución CRA 943 de 2021, en consideración de lo establecido en el artículo 1.4.3.2 ibídem, aunado a lo señalado, entre otros, en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

3. *“Reserva de Ley y Analogía: Para pactar de estas cláusulas (de terminación unilateral, interpretación unilateral y caducidad), ¿es suficiente el acuerdo entre las partes y la aplicación de la analogía, o se requiere de una habilitación legal expresa que autorice a la EICE prestadora de servicios públicos domiciliarios a ejercer dichas potestades excepcionales?”*

Como fue expuesto en los considerandos del presente Concepto, respecto de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e independiente de la naturaleza de los mismos, deberá atenderse lo establecido inicialmente en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, considerando el régimen de carácter privado que gobierna los actos y contratos de estos prestadores determinado en el artículo 32 ibídem, salvo las excepciones expresamente consagradas en la Constitución y la Ley.

En cuanto refiere a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, aunado a lo establecido en la Ley 142 de 1994, deberá atenderse lo señalado por la CRA a través de la Resolución compilatoria 943 de 2021, de forma expresa, lo establecido en los artículos 1.4.3.1 y 1.4.3.2 ibídem.

4. *“Efectos Jurídicos: En caso de que se incluyan y ejecuten cláusulas de caducidad o terminación unilateral en este tipo de contratos sin una base legal clara, ¿podrían estas considerarse ineficaces, inaplicables o generadoras de nulidades absolutas?. ¿Cuál es la Ley que permite la inclusión de cláusulas como la caducidad o terminación unilateral en contratos de operación de servicios públicos domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado regidos por el derecho privado?”*

Como fue expuesto en las respuestas a los interrogantes que preceden, así como en los considerandos del presente contrato, lo concerniente a la inclusión de cláusulas exorbitantes en cuanto refiere a la prestación de los servicios públicos domiciliarios por parte de los prestadores de dichos servicios, se encuentra determinado de forma inicial en los artículos 31, 39 y 40 de la Ley 142 de 1994, así como en la Resolución CRA 943 de 2021, de forma expresa en los artículos 1.4.3.1 y 1.4.3.2.

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.

Cordialmente,

OLGA LUCÍA MORENO GONZÁLEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica