



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación interna: 2279

Número único: 11001-03-06-000-2016-00002-00

Referencia: Servicios públicos domiciliarios. Principios constitucionales y legales. Interpretación del párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994. Personas prestadoras y tipos de contratos que pueden celebrar. Régimen tarifario. Potestades de la Comisión de Regulación de Agua y Saneamiento Básico y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en materia tarifaria. Rompimiento del equilibrio económico en los contratos estatales

El entonces Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio solicitó a la Sala su concepto sobre la interpretación que debe darse y la forma en que debe aplicarse el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994¹.

I. ANTECEDENTES

Explica el ministro que el tema consultado es relevante para el sector de agua potable y saneamiento básico, en la medida en que tiene incidencia en las políticas, estrategias, programas y planes sectoriales a cargo de esa cartera, en las funciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (en adelante CRA), como órgano competente para definir el régimen tarifario de estos servicios públicos, así como en la inspección y control que le corresponde ejercer a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, especialmente en cuanto al “control tarifario” de dichos servicios.

A continuación se refiere a lo dispuesto en los artículos 365 y 367 de la Constitución Política, y recuerda que la Ley 142 de 1994 regula en varias de sus normas lo concerniente a las tarifas, de lo cual concluye que la citada ley, desarrollando los mandatos constitucionales sobre los servicios públicos domiciliarios, dio

¹ “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

preponderancia al tema tarifario, bajo el entendido de que el precio de tales servicios no podía dejarse exclusivamente al juego de la oferta y la demanda, sino que el Estado debía intervenir mediante unas reglas claras, en defensa de los usuarios, de los prestadores y del mercado mismo.

Precisa que para efectos de la consulta, se hace alusión específicamente a los artículos 87 y 88 *ibídem*. El primero de ellos, que establece los criterios a tener en cuenta para definir el régimen tarifario (eficiencia, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad, transparencia e integralidad), incluye el siguiente párrafo, sobre el cual recae puntualmente la consulta:

*“**Parágrafo 1o.** Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley. Tanto éstas como aquellas deberán ser parte integral del contrato y la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema. Intervendrá asimismo, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el **artículo 98** de esta Ley. Con todo las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta Ley así lo disponga.*

(...).” (Negritas en el original de la consulta).

Comenta el funcionario consultante que ha sido común en el sector de agua potable y saneamiento básico que, con fundamento en este párrafo, se celebren contratos mediante los cuales se otorguen áreas de servicio exclusivo para la prestación de los servicios de acueducto y para la recolección y transporte de residuos sólidos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, y que también se ha acudido a este precepto para entregar la operación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo sin cláusulas de exclusividad. Señala que en ambos casos se han pactado tarifas aplicando la metodología general expedida por la CRA, sin que los oferentes hayan adoptado una metodología propia.

Por otra parte, recuerda que el artículo 88 de la Ley 142 se refiere a los regímenes tarifarios de libertad regulada, libertad vigilada y libertad, y menciona que dicha norma no establece ningún tipo de limitante para la intervención estatal en materia tarifaria, ni para el órgano regulador ni para la entidad que ejerce el control y la vigilancia.

Informa que las tarifas a las cuales se refiere el párrafo primero del artículo 87 de la misma ley se conocen en el mercado como “tarifa contractual”, y se ha interpretado que, en relación con estas, la intervención estatal debe limitarse

únicamente a las funciones que la citada disposición atribuye a la CRA, sin que la Superintendencia de Servicios Públicos esté facultada para hacer “control tarifario”.

Finalmente, concluye que como la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se hace en muchos casos mediante contratos entre entidades territoriales y empresas de servicios públicos, o entre empresas prestadoras, es importante para el Gobierno Nacional y para el sector de agua y saneamiento básico tener claridad sobre el alcance y la interpretación del párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

Con base en las anteriores consideraciones, el Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio formula a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. Respetto de las personas jurídicas con las que se pueden celebrar contratos de operación, financiación y mantenimiento de servicios públicos domiciliarios.

1.1. Teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, señala que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de servicios públicos, se pregunta:

a) ¿Cuál es el alcance del concepto “empresas privadas” contenido en el párrafo 1 del artículo 87 de la ley 142 de 1994?.

b) ¿Podría contratarse la operación, financiación y mantenimiento con cualquier empresa privada, aunque no corresponda con la condición de ser empresa de servicios públicos en los términos del artículo 17 citado? En el mismo sentido ¿Quedaría dentro del alcance de “empresa privada” la promesa de sociedad futura?.

1.2. Cuando en los contratos para la prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se estipula que la tarifa a cobrar es la que resulte de la aplicación de la metodología general establecida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, se puede decir que se pactó una tarifa contractual?

2. Respetto del control de las tarifas contractuales.

2.1. ¿La revisión que realiza la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, puede implicar la modificación de la tarifa contractual y, por ende, la modificación del contrato, no obstante haber sido la tarifa propuesta un factor de escogencia del contratista?

2.2. ¿A pesar de que el párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, no hizo referencia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, este órgano con base en las facultades y atribuciones previstas en la Constitución y en la Ley 142 de 1994, puede hacer control tarifario cuando se aplica el párrafo objeto de la consulta. Si la respuesta es positiva, cuál sería el alcance del control?

2.3. *¿En qué eventos podrían revisarse las tarifas contractuales por parte de las entidades competentes? La revisión procedería de oficio o por petición de los usuarios y con qué periodicidad? ¿Qué implicaciones y consecuencias traería el ejercicio de estas competencias en la ejecución contractual? ¿Podría implicar la modificación del contrato sin generar responsabilidad alguna para la entidad contratante?*

2.4. *Teniendo en cuenta que la norma objeto de consulta señala que “Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley”, se pregunta si la entidad contratante debe establecer unas condiciones mínimas en los pliegos para que el oferente oferte la tarifa a cobrar a los usuarios.*

3. *Respecto de la naturaleza del contrato de operación, financiación y mantenimiento de servicios públicos.*

3.1. *¿Es posible considerar que la contratación de la operación, financiación y mantenimiento no implique la prestación misma [de los] servicios públicos?*

3.2. *¿Cuándo se otorguen áreas de servicio exclusivo, modalidad regulada por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, sería posible aplicar el parágrafo 1 del artículo 87 de esta ley?.*

3.3. *¿Cuándo una empresa de servicios públicos contrata a otra empresa oficial, privada o mixta para que preste estos servicios, resulta procedente dar aplicación al parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994?.” (Negrillas en el original).*

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a estos interrogantes la Sala analizará en su orden los siguientes aspectos: (i) Principios y reglas constitucionales sobre los servicios públicos; (ii) interpretación histórica del parágrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994; (iii) interpretación sistemática y teleológica de la norma; (iv) atribuciones de las comisiones de regulación sobre los contratos celebrados al amparo de la disposición citada y efectos; (v) facultades de control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en relación con las tarifas pactadas en dichos contratos, y (vi) conclusiones sobre la interpretación más probable del parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142.

A. Principios y reglas constitucionales sobre los servicios públicos

Como se indicó previamente, el objeto de la consulta recae sobre la interpretación del párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994. Tal interpretación, a juicio de la Sala, no solamente sería incompleta y defectuosa, sino que resultaría imposible en este caso particular, si no se explicara el contexto normativo dentro del cual dicho precepto se expidió y del cual forma parte. Este contexto está conformado, en primer lugar, por las normas de la Constitución Política de 1991 que se refieren a los servicios públicos en general y a los domiciliarios en especial, de las cuales se derivan algunas reglas y principios relevantes, y en segundo lugar, por las demás disposiciones de la Ley 142 y algunas otras normas que la complementan o desarrollan.

Desde el punto de vista constitucional, es ya un lugar común afirmar que el Constituyente de 1991 otorgó al tema de los servicios públicos una importancia singular, hasta el punto que le dedicó todo un capítulo (el V del título XII), además de varias referencias en otras disposiciones (como el artículo 334, entre otros).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, especialmente, así como la doctrina de esta Sala, se han referido en numerosas ocasiones a tales normas, con el fin de extraer de ellas las principales reglas que el Constituyente quiso establecer en esta materia. Para mencionar solo algunos ejemplos, podemos citar, en primer lugar, lo señalado por la Corte en la sentencia C-150 de 2003²:

“En este contexto, la Carta indica que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 inc. primero de la C.P.), lo cual comprende el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 inc. primero de la C.P.). No podía ser de otra forma dado que, por una parte, la realización de los derechos fundamentales de las personas depende en gran medida de la adecuada prestación de los servicios públicos –p.ej. de agua, salud, saneamiento básico, energía, transporte, etc.- y que, por otra, el Constituyente ha optado por una forma estatal, el Estado social de derecho, destinada a corregir la deuda social existente en el país con los sectores sociales más desfavorecidos...”

Pieza central del marco constitucional de la regulación de los servicios públicos es el artículo 334 de la Constitución, inciso primero, que atribuye al Estado la dirección general de la economía, para lo cual habrá de “intervenir, por mandato de la ley, [...] en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. Se trata aquí de una norma objetiva que impone un mandato constitucional a las autoridades públicas, incluido el Legislador, de intervenir para alcanzar los fines sociales del Estado allí enunciados. Como norma objetiva dirigida al Estado, la intervención en la economía no constituye una mera posibilidad de actuación, sino un mandato constitucional... Este mandato constitucional se refuerza

² Corte Constitucional, sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003, expediente D-4194.

aun más en materia de servicios públicos con el deber de asegurar su prestación eficiente, no a algunos sino a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 de la C.P.), el deber de dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (art. 366 de la C.P.), el deber de garantizar la universalidad en la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios (arts. 365 y 367 de la C.P.), y los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso que deben caracterizar el régimen tarifario... (art. 367 de la C.P.). Adicionalmente, la Constitución autoriza a la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas para conceder subsidios a las personas de menores ingresos de forma que éstas puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubren sus necesidades básicas (art. 368 de la C.P.).

Si bien los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares, lo cierto es que el Estado mantiene las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los servicios, de forma que se asegure el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado social de derecho (artículo 365 de la C.P.). Esto porque es objetivo fundamental de la actividad estatal la solución de las necesidades básicas insatisfechas de la población (art. 366 de la C.P.). Tan importante es el mencionado objetivo constitucional que el Constituyente ha previsto incluso la posibilidad de establecer, por razones de soberanía o de interés social, por iniciativa del Gobierno y mediante ley, un monopolio estatal en materia de servicios públicos...”.

En armonía con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil manifestó recientemente³:

“(...) puede afirmarse que constitucionalmente los servicios públicos domiciliarios tienen las siguientes características relevantes⁴:

- a)** *Puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios.*

Con la Constitución de 1991, se da un cambio de modelo en la prestación de los servicios públicos, ya que el Estado deja de ser gestor y, por tanto, prestador principal de tales servicios y pasa a un papel de regulador, toda vez que los servicios públicos deben enmarcarse en un ámbito de competencia en el cual participan particulares a quienes se les permite asumir la prestación de tales servicios. Y si el Estado quiere participar en el mercado de prestación de los servicios públicos, debe hacerlo en igualdad de condiciones con los particulares; (...)

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2236 del 22 de febrero de 2016.

⁴ “[1] Al efecto pueden consultarse, entre otras, la Sentencias T-578 de 1992, C-389 de 2002 y T- 270 de 2004 de la Corte Constitucional”.

- c)** *El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en el terreno fáctico, es decir, en concreto;*
- d)** *Estos servicios tienen una connotación eminentemente social en la medida en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y por ello deben ser prestados en forma eficiente, lo que significa mejor cobertura, calidad y precio;*
- e)** *La razón de ser de los servicios públicos es el usuario, por lo que una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.;*
- f)** *La prestación de los servicios públicos domiciliarios constituye un asunto de Estado y por lo tanto pertenece a la órbita de lo público, de ahí que deban ser prestados a todos los habitantes como parte del concepto de “servicio universal”;*
- g)** *Su régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso;*

A partir de lo anterior, la satisfacción de las necesidades de las personas a través de los servicios públicos domiciliarios debe tener en cuenta la efectividad de sus derechos fundamentales, la dignidad humana, el mejoramiento de sus condiciones de vida y el bienestar social⁵, presupuestos indispensables para lograr condiciones de subsistencia digna de las personas que habitan en Colombia, que son además prestaciones que fueron reconocidas por el legislador como esenciales⁶”.

Y en el mismo sentido, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha expresado⁷:

“21. En forma simultánea, la jurisprudencia constitucional⁸ ha venido adelantando un profundo análisis sobre la evolución de los servicios públicos domiciliarios a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, temática de la que se ocupa profusamente en los artículos 365, 367, 369, 370 y 48 transitorio, en los que se advierte: i) una distinción entre función pública y servicios públicos⁹; ii) una mayor

⁵ “[2] Corte Constitucional. Sentencia C-1371 de 2000”.

⁶ “[3] Cfr. Artículo 4º de la Ley 142 de 1994”.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de marzo 2012. Radicación N° 11001-03-26-000-2003-00060-01(25693).

⁸ “[6] Corte Constitucional, sentencia C-444/98, M.P. Hernando Herrera Vergara; sentencia C-1162/00, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; sentencia C-242 -07, M.P. Alejandro Martínez Caballero; sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa”.

⁹ “[7] De hecho la ubicación normativa de los servicios públicos en la Constitución es armónica con ello, al ser regulados en el marco del régimen económico (Título XII) y no dentro del apartado de la Constitución dedicado a la organización del Estado (Título V a X), como sí sucede con la función pública cuyo entorno constitucional se encuentra consignado en el capítulo 2 del Título V (arts. 122 a 131 C.N.). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 17 de febrero de 2005, exp. 27673, Rad. 500012331000200300277 01, C. P. Alíer E. Hernández Enríquez”.

precisión frente a la escogencia de un ‘nuevo servicio público’ basado en un modelo competitivo “a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía”¹⁰; iii) reserva de ley para la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, “entendidos como la especie dentro del género servicios públicos”¹¹, en la que se fijará su prestación, cobertura, calidad, financiación, régimen tarifario, deberes y derechos de los usuarios, sistema de protección y participación democrática en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio; iv) la consagración de la función reguladora en cabeza del Presidente de la República como constitutiva de uno de los instrumentos más representativos y característicos de la intervención del Estado, junto con el ejercicio de las funciones de control, inspección y vigilancia, v) regulación que, con sujeción a la ley, pretende asegurar su prestación eficiente, la concreción efectiva de las libertades económicas, contribuir con la realización de los fines del Estado social de derecho y la satisfacción de las necesidades colectivas; y por último, vi) diferencia entre la competencia regulativa y la reglamentaria atribuidas en forma separada al presidente de la República”.

Como se observa, existe un alto nivel de coincidencia en la interpretación que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han hecho de las normas que regulan los servicios públicos en la Carta Política, todo lo cual permite a la Sala, en esta ocasión, reiterar y precisar los siguientes principios y reglas que se derivan claramente de dichos cánones constitucionales y que resultan importantes para el estudio de la consulta que nos ocupa:

1. Los servicios públicos (en general) son inherentes a las finalidades sociales del Estado (artículo 365). Entre dichas finalidades se encuentran la solución de las necesidades insatisfechas de los habitantes en materia de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable (artículos 49, 67, 68, 79, 80 y 366, entre otros), el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo (artículo 334), y el disfrute de un ambiente sano (artículos 79, 80, 334 y 366, entre otros)¹².
2. Por esta razón, el Estado debe garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del país (artículos 334 y 365).

¹⁰ “[8] Sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 16.257...”.

¹¹ “[9] Corte Constitucional, sentencia C-242 -07, M.P. Alejandro Martínez Caballero”.

¹² Estas normas deben ser complementadas y armonizadas con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y aprobados por Colombia, los cuales forman parte del “bloque de constitucionalidad”, como lo establece el artículo 93 de la Carta Política. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Políticos y Culturales, ratificado por Colombia y aprobado mediante la Ley 74 de 1968, incluye, dentro de tales derechos, el “derecho al agua” y el derecho a contar con una “vivienda adecuada”, los cuales se relacionan directamente con la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y de saneamiento básico (aseo y alcantarillado), tal como lo explica la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el concepto unificado N° 24, sobre “el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico”.

3. Lo anterior no significa que el Estado deba prestar directamente tales servicios, pues estos pueden ser prestados por él, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por otros particulares (artículo 365), en la forma que señale la ley (artículo 367). Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por los municipios cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, con el apoyo y la coordinación de los departamentos (ídem).
4. Con todo, el Estado puede reservarse la prestación exclusiva de ciertos servicios públicos por razones de soberanía o de interés social, en la forma que lo determine una ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, entre otros requisitos (artículo 365).
5. Los servicios públicos están sometidos a un régimen jurídico que debe fijar la ley (artículos 150 numeral 23; 365 y 48 transitorio), el cual debe incluir, entre otras materias, las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios; su cobertura, calidad y financiación; su régimen tarifario, el cual debe tener en cuenta, además del criterio de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos; las entidades competentes para fijar las tarifas (artículos 78, 334 y 367 y 48 transitorio); los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y las formas de participación de los mismos en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten estos servicios; la participación de los municipios en las entidades y empresas que presten servicios públicos domiciliarios (artículo 369 y 48 transitorio), y los criterios generales con base en los cuales el Presidente de la República debe señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, así como ejercer el control, inspección y vigilancia sobre las entidades que los prestan (artículo 370 y 48 transitorio).
6. La Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas pueden conceder subsidios en sus presupuestos para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas (artículo 368).
7. Aunque los servicios públicos sean prestados por particulares, el Estado mantiene su regulación, control y vigilancia en la forma que disponga la ley (artículos 334, 365 y 370).
8. En los servicios públicos, como en otras actividades económicas, el Estado debe intervenir, por mandato de la ley, para impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica y para sancionar el abuso que algunos agentes hagan o pretendan hacer de su posición dominante en el mercado (artículo 333).

B. Interpretación histórica del párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994. Antecedentes legislativos

Dado que la presente consulta recae sobre la interpretación y aplicación del párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142, resulta ineludible tener en cuenta y aplicar las reglas de interpretación de la ley, no solo aquellas que con carácter general contiene el capítulo V del título preliminar del Código Civil (especialmente en sus artículos 27 a 32), sino también algunas reglas especiales que trae la Ley 142 de 1994, como más adelante se verá.

La primera y una de las más importantes reglas de hermenéutica es, sin duda, la que aparece contenida en el artículo 27 del Código Civil, y que responde a lo que se ha llamado método de interpretación histórica. La norma citada dispone:

“Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”. (Se resalta).

Teniendo en cuenta que el párrafo al cual se refiere la consulta no es claro, ni en su ubicación dentro de la ley, ni en su texto, ni en su finalidad aparente, es necesario, en primer lugar, consultar la *“historia fidedigna de su establecimiento”*, es decir, sus antecedentes, con el fin de encontrar allí el propósito o la finalidad que persiguió el legislador con dicha norma.

Esta tarea resulta ardua en el caso concreto, pues las Gacetas del Congreso que contienen o deben contener dichos antecedentes, no dan cuenta exactamente de la razón por la cual se introdujo este párrafo durante el trámite legislativo. En efecto, dicha disposición fue aprobada en el primer debate del proyecto de ley en la Cámara de Representantes (Comisión Sexta)¹³, aun cuando tal fragmento normativo no aparecía en el texto del proyecto que había aprobado previamente el Senado de la República en sus dos debates¹⁴, ni tampoco se propuso su incorporación en el pliego de modificaciones que los ponentes de la iniciativa en la Cámara sugirieron para el primer debate allí¹⁵.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 82 del proyecto que se sometió a consideración de la Comisión VI del Senado (con pliego de modificaciones), en primer debate¹⁶, y que corresponde al objeto del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 (*“criterios para definir el régimen tarifario”*), no contenía párrafo alguno. Así fue

¹³ Gaceta del Congreso N° 61, año III, del 27 de mayo de 1994, p. 3 y s.s.

¹⁴ Ibídem N° 429, año II, del 2 de diciembre de 1993.

¹⁵ Ibídem N° 57, año III, del 23 de mayo de 1994, p. 9 y s.s.

¹⁶ Ibídem N° 121, año II, del 7 de mayo de 1993.

aprobado por dicha Comisión, aunque el número del artículo pasó a ser el 85¹⁷, y luego por la plenaria del Senado (con el número 87)¹⁸. Fue solamente al aprobarse el proyecto de ley en primer debate en la Cámara de Representantes, que se introdujo el mencionado párrafo (en el artículo 88), el cual fue adoptado también por la plenaria de dicha cámara (en el artículo 87).

Puesto que existían diferencias entre el texto del proyecto de ley aprobado inicialmente por el Senado de la República y luego por la Cámara de Representantes, tales discrepancias se sometieron a la discusión de una comisión de conciliación, la cual recomendó finalmente acoger el texto aprobado por la Cámara, con algunos ajustes (ninguno de los cuales se refirió al artículo 87)¹⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, en el texto original del proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional, se encuentran algunas disposiciones que, aun cuando no fueron aprobadas en la forma y en el lugar propuestos inicialmente, sí se tuvieron en cuenta durante el trámite legislativo y se acogieron parcialmente por el Congreso, quedando consignadas total o parcialmente en varios artículos de la Ley 142 de 1994. En esa medida, aquellas normas del proyecto original podrían considerarse como antecedentes mediatos o remotos de las disposiciones correspondientes de la Ley 142, dejando a salvo los cambios que sufrieron durante el proceso legislativo. Nos referimos, en concreto, a los artículos 45, 46, 49, 51 y 84, numeral 2º del proyecto de ley presentado por el Gobierno.

Los artículos 45, 46, 49 y 51 formaban parte de un capítulo dedicado a regular los “*contratos especiales para la gestión de los servicios públicos*”, dentro del título que se ocupaba del régimen de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos.

El artículo 45 se refería al contrato de administración de las acciones de una empresa oficial de servicios públicos, por parte de una empresa privada o de otra empresa oficial.

El 46 aludía al contrato de concesión sobre los bienes de entidades oficiales que prestaran servicios públicos, el cual podía incluir el otorgamiento al concesionario de la facultad de prestar dichos servicios por su cuenta y riesgo, o por cuenta de la empresa oficial o la entidad territorial concedente.

El artículo 49 permitía expresamente que una empresa de servicios públicos delegara su gestión parcialmente en un tercero (que podía ser una empresa de servicios públicos o no), para ejecutar determinadas actividades involucradas en la prestación de un servicio público domiciliario a cargo de la primera. Esta disposición era del siguiente tenor:

¹⁷ Ibídem N° 220, año II, del 19 de junio de 1993, p. 4 y s.s.

¹⁸ Ibídem N° 429, año II, del 2 de diciembre de 1993.

¹⁹ Ibídem N° 88, año III, del 27 de junio de 1994, página 8.

“ARTICULO 49. Contratos para delegar parcialmente la gestión de quienes prestan servicios públicos. Son contratos en virtud de los cuales quienes prestan servicios públicos encomiendan a terceros contratistas la realización de actividades como la construcción o el mantenimiento de redes, la construcción de acometidas, la lectura de medidores, la facturación y cobranza, el control de pérdidas, la atención de peticiones y recursos o, en general, cualquier parte de las actividades necesarias para cumplir con su objeto social. En estos contratos quienes prestan el servicio público serán responsables, en todo caso, ante terceros”. (Negrillas del original, subrayas añadidas).

Por su parte, el artículo 51 del citado proyecto decía:

“ARTÍCULO 51. Contenido de los contratos; protección de zonas de servicio; obligación de precisar fórmulas tarifarias. Los contratos que tengan por objeto la administración de una empresa de servicios públicos, o la concesión de sus bienes, se harán previa la invitación pública a que se refiere el artículo 33 de esta Ley...

En ellos será obligatorio precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista, y su obligación de prestar el servicio a todos los usuarios que los soliciten de acuerdo con los contratos uniformes. Y podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.
(...)

En tales contratos, si versan sobre servicios de distribución de energía, gas combustible por redes, o de acueducto, podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma región.

Cuando cualquiera de los contratos a los que este capítulo se refiere permita al contratista cobrar tarifas al público, y estas estén sujetas a regulación, el proponente debe incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría”. (Negrillas del original; subraya la Sala).

Y en armonía con lo anterior, el artículo 84, numeral 2º del proyecto disponía:

“ARTÍCULO 84. Regulación y libertad de tarifas. Al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo con las siguientes reglas:
(...)

84.2. Las empresas fijarán las tarifas, dentro de las fórmulas pactadas, cuando hayan celebrado los contratos a los que se refiere el inciso final del artículo 51 de esta ley y en el trámite haya participado al menos otro proponente, en condiciones de competencia. Las comisiones reguladoras podrán definir si esta condición se cumplió, pero no será necesario esperar tal definición para que los contratos produzcan todos los efectos previstos en su texto y en esta ley. Si las comisiones determinan que no hubo condiciones de competencia adecuada, podrán fijar las fórmulas del caso.

(...)" (Negrillas en el original; subrayas añadidas).

Es pertinente mencionar que el artículo 45 del proyecto de ley ("*contrato de administración sobre una empresa oficial de servicios públicos*") quedó incorporado, con varios ajustes, en el artículo 39 ("*contratos especiales*"), numeral 2º ("*contratos de administración profesional de acciones*") de la Ley 142 de 1994; el artículo 46 del proyecto ("*contrato de concesión sobre los bienes de entidades oficiales que prestan servicios públicos*") quedó incluido en el mismo artículo, numeral 3º ("*contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina[n] especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares...*"); el artículo 49 del citado documento ("*contratos para delegar parcialmente la gestión de quienes prestan servicios públicos*") desapareció y no tiene equivalente en la Ley 142; el artículo 51 del proyecto ("*contenido de los contratos; protección de zonas de servicio; obligación de precisar fórmulas tarifarias*") quedó repartido, con modificaciones, en varias normas de la citada ley, entre ellas, el párrafo del artículo 31 ("*régimen de la contratación*"), el párrafo del artículo 39, ya citado, el artículo 40 ("*áreas de servicio exclusivo*"), el párrafo primero del artículo 87 ("*criterios para definir el régimen tarifario*"), y el artículo 174 ("*áreas de servicio exclusivo para gas domiciliario*"); y finalmente, el artículo 84 ("*regulación y libertad de tarifas*"), numeral 2º del proyecto de ley quedó consagrado, al menos en su concepción general y de forma parcial, en el mismo párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

Ahora bien, en la respectiva exposición de motivos, encontramos los siguientes apartes, que consideramos pertinentes para los fines de esta consulta:

(...) 2. Centralización, descentralización y competencia en el suministro de servicios públicos.

(...)

2.4 (...) El sector de servicios públicos cuenta con algunas áreas donde es favorable el fomento de condiciones de competencia entre oferentes del mismo servicio. Las reglas del mercado han sido eficaces en Telecomunicaciones y Energía donde la competencia es mayor debido a la iniciativa empresarial y la emulación entre proveedores. Como resultado, precios fijados según reglas de mercado se constituyen en señales adecuadas de costos y orientan certeramente la demanda. (...) Aún en los servicios de acueducto y alcantarillado es posible encontrar áreas donde pueden simularse condiciones de competencia. La gestión independiente de sistemas de acueducto, la subcontratación de zonas o modalidades de servicio, pueden generar un ambiente competitivo en el área de gestión del sector de saneamiento básico.

(...)

III. La ley de servicios públicos domiciliarios

(...)

4. El municipio y la empresa de servicios públicos.

(...)

4.6. En la búsqueda de la eficiencia, el proyecto permite, sin hacerlo obligatorio, que, previa invitación pública (art. 33), las autoridades confíen la administración de las empresas de servicios públicos oficiales, o de sus bienes, a administradores privados profesionales (arts. 44, 45 y 46). Tales contratos, cuando versan sobre distribución de energía, gas combustible por redes, o sobre acueductos, pueden garantizar a un contratista la exclusividad en la prestación del servicio, durante cierto tiempo, en una zona geográfica, cuando ella está siendo atendida por entidades públicas, y si el contratista se compromete, entre otras cosas, a atender a todos los usuarios (art. 51). De la misma manera, el proyecto permite a todas las empresas de servicios públicos, subcontratar aspectos especiales de su gestión (art. 49). Y crea estímulos para que las entidades públicas confíen a administradores profesionales la administración de las empresas en las que tengan participación mayoritaria (art. 24).

(...)

7. Régimen tarifario, subsidios y financiamiento.

(...)

7.2. En general, el proyecto supone que mientras no haya plena competencia en la prestación de los servicios públicos, las tarifas tienen que ser controladas, para evitar abusos del poder monopolístico en perjuicio de los usuarios. Pero en la medida en que se introduzca competencia en el sector, se permitirá que sea el mercado, y no las autoridades, quienes determinan la evolución de las tarifas (art. 82).

(...)” (Subrayas añadidas; negrillas del original).

De todo lo anterior infiere la Sala que la intención más probable que tuvo el legislador (pues los antecedentes no permiten afirmarlo con certeza), al introducir y aprobar el parágrafo primero en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, fue la de permitir que en los “contratos especiales de gestión” que celebraran entidades públicas (principalmente entidades territoriales) con empresas de servicios públicos domiciliarios para encargarle a estas la prestación total o parcial de un determinado servicio público, pudieran pactarse fórmulas tarifarias distintas de aquellas que señalara de manera general la respectiva comisión de regulación para el correspondiente servicio o mercado, siempre que: (i) tales contratos se celebraran previa invitación pública, (ii) en condiciones de competencia, y (iii) respetando las disposiciones generales de esa ley sobre la forma de establecer y cobrar las tarifas (es decir, con acatamiento de los criterios generales de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia²⁰, entre otras reglas).

No obstante, dado que el estudio de los antecedentes de la Ley 142 de 1994 y, en particular, del parágrafo primero del artículo 87, no resulta suficiente para llegar a conclusiones certeras y definitivas, por las razones que se han explicado, la Sala se

²⁰ Artículo 87, inciso primero de la Ley 142 de 1994.

ocupará, en el acápite siguiente, de interpretar dicha disposición a la luz de las demás normas de la Ley 142 y de la Constitución Política, entre otras (interpretación sistemática), y en armonía con el fin perseguido con tales preceptos (interpretación finalista o teleológica).

C. Interpretación sistemática y teleológica del párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994

En primer lugar, vale la pena recordar que a la luz de lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución Política, que establece la primacía de las normas constitucionales sobre las demás disposiciones del ordenamiento jurídico, es claro que estas últimas, ya sean de carácter legal o administrativo, deben interpretarse en armonía con los principios y las normas constitucionales que resulten aplicables, tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional en numerosas ocasiones. En consecuencia, la interpretación de cualquier disposición que forme parte del régimen legal de los servicios públicos debe hacerse, en primer lugar, conforme a las disposiciones constitucionales que regulan dichos servicios.

Por otro lado, una de las reglas de interpretación de la ley más importantes que establece el Código Civil consiste en que las normas jurídicas no pueden entenderse en forma aislada, como si fueran elementos separados y autosuficientes, sino que deben interpretarse en el contexto de la ley o el conjunto normativo del cual formen parte, teniendo en cuenta tanto su objeto y finalidad generales, como las otras partes que lo componen, e incluso, las otras leyes o disposiciones que se refieran al mismo asunto. Es lo que se llama la interpretación sistemática de la ley, que está consagrada principalmente en el artículo 30 y, en menor medida, en el artículo 32 ibídem, así:

“Artículo 30. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

(...)

“Artículo 32. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

Tales reglas hermenéuticas, que se aplican en general a la interpretación de cualquier norma jurídica, incluyendo, desde luego, las disposiciones de la Ley 142 de 1994, se ven reforzadas con lo preceptuado en algunas disposiciones de dicha ley, que deben aplicarse con prelación, por tratarse de reglas especiales.

Merece la pena citar, en primer lugar, lo que dispone el artículo 13 de la Ley 142:

“Artículo 13. Aplicación de los principios generales. Los principios que contiene este capítulo se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esta u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten”. (Se resalta).

Es del caso recordar que el “capítulo” al cual atañe el precepto citado es el capítulo primero del título preliminar de Ley 142, que regula, entre otros aspectos, el ámbito general de aplicación de la ley, los fines de la intervención del Estado en los servicios públicos, los instrumentos para ejercerla, las competencias de los municipios, de los departamentos y de la Nación, los derechos de los usuarios, el principio de libertad de empresa y la función social de la propiedad en las entidades que prestan servicios públicos.

En el mismo sentido, pero refiriéndose en particular a las normas de la Ley 142 que regulan los contratos y los demás actos que los prestadores de servicios públicos domiciliarios pueden celebrar, el artículo 30 ejusdem dispone:

“Artículo 30. Principios de interpretación. Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios”. (Subrayamos).

Por otro lado, el artículo 186 ibídem ordena tener en cuenta las disposiciones de la Ley 142 de 1994 para interpretar y complementar las leyes especiales que se expidan para regular alguno de los servicios públicos a los que dicha ley se refiere²¹. Y en relación con las normas que regulan los servicios de acueducto, aseo y alcantarillado, en particular, a los cuales se contrae la consulta, el artículo 160 de la Ley 142 establece un criterio adicional de interpretación, de carácter finalista, que si bien está dirigido, en principio, a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA- y a la superintendencia del ramo, no puede ser desconocido, a juicio de la Sala, por las otras autoridades y los particulares que, por una u otra razón, deban interpretar y aplicar tales disposiciones:

“Artículo 160. Prioridades en la aplicación de las normas. Cuando la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento, y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios apliquen las normas de su competencia, lo harán dando

²¹ “Artículo 186. Concordancias y derogaciones. Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta Ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta Ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta... (...)” (Se resalta).

prioridad al objetivo de mantener y extender la cobertura de esos servicios, particularmente en las zonas rurales, municipios pequeños y áreas urbanas de los estratos 1 y 2 ; y de tal manera que, sin renunciar a los objetivos de obtener mejoras en la eficiencia, competencia y calidad, éstos se logren sin sacrificio de la cobertura".
(Subrayas añadidas).

De lo anterior pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre las reglas especiales de interpretación de las normas legales sobre servicios públicos domiciliarios y, en particular, los servicios de acueducto y saneamiento básico (aseo y alcantarillado), aparte de las reglas generales que establece el Código Civil:

- (i) Dichas disposiciones deben interpretarse en armonía con los principios y normas constitucionales, especialmente aquellos que se refieren a los servicios públicos.
- (ii) Las leyes y, en general, las disposiciones especiales que regulen uno o varios de dichos servicios, deben interpretarse y complementarse con las normas de la Ley 142 de 1994.
- (iii) Las disposiciones de la propia Ley 142 deben interpretarse de acuerdo con los principios y las reglas generales contenidas en el capítulo primero del título preliminar de dicha normatividad.
- (iv) Si tales disposiciones se refieren a los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, deben interpretarse, además, a la luz de los principios establecidos en el citado título preliminar (y no solo en su capítulo primero), en la forma que mejor garanticen la libre competencia e impidan los abusos de la posición dominante, y que más favorezcan la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.
- (v) Y, por último, si las normas cuyo sentido se quiere esclarecer se refieren a los servicios públicos de acueducto, aseo y alcantarillado, debe darse prioridad al objetivo de mantener y extender la cobertura de estos servicios, principalmente en las zonas rurales, en los municipios pequeños y en las áreas urbanas de estratos 1 y 2, sin desconocer los objetivos de lograr mejoras en la eficiencia, competencia y calidad.

A la luz de las citadas reglas hermenéuticas, la Sala procederá a efectuar una interpretación sistemática y finalista del parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, la cual, junto con la interpretación histórica que se hizo en el acápite anterior, permitirán finalmente resolver las preguntas planteadas por el ministerio consultante. Como se indicó en los antecedentes, la norma mencionada dispone lo siguiente, en su parte pertinente:

“Artículo 87. Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

(...)

Parágrafo 1º. Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley. Tanto éstas como aquellas deberán ser parte integral del contrato y la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema. Intervendrá asimismo, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de esta Ley. Con todo las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta Ley así lo disponga.

(...)”

Es pertinente mencionar, inicialmente, que este parágrafo, junto con el parágrafo segundo del mismo artículo y otras normas de la Ley 142 de 1994, fueron objeto de una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, en la cual se alegaba que tales disposiciones contravenían los artículos 1, 2, 58, 333, 334, 365, 366 y 367 de la Carta Política, porque, en opinión del demandante, favorecían la libertad de empresa y la iniciativa privada, en perjuicio de los deberes que corresponden al Estado en relación con los servicios públicos y, específicamente, de la potestad otorgada a las comisiones de regulación para intervenir en la fijación del régimen tarifario, con el fin de propender por la solidaridad y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de bajos ingresos. Sin embargo, en la sentencia C-150 de 2003, la Corte se inhibió para pronunciarse de fondo en relación con este cargo, por considerar que el actor no presentó argumentos claros, específicos y concretos para demostrar la supuesta inconstitucionalidad de las normas referidas y, respecto del parágrafo 1º del artículo 87, específicamente, porque no acreditó ninguna *“razón destinada a mostrar que las acciones del Estado para... la inclusión de la tarifa que propone quien quiere ser contratista para la prestación de los servicios públicos, como elemento de evaluación... presentan una oposición objetiva y verificable con los artículos constitucionales”* mencionados. Así, más allá de este entendimiento preliminar que la Corte Constitucional manifestó sobre el sentido del parágrafo citado, la referida sentencia no contiene otros elementos jurídicos que sirvan para interpretar dicha norma o para establecer su compatibilidad o incompatibilidad con la Carta.

Ahora bien, aunque este parágrafo forma parte de un artículo que se refiere a los criterios para definir el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios, no está relacionado solamente con esta temática, sino que tiene que ver también con

dos asuntos adicionales, por lo menos, que resulta pertinente estudiar para responder algunas de las preguntas formuladas en la consulta, a saber: (i) quiénes pueden prestar servicios públicos domiciliarios en Colombia, y (ii) qué tipo de contratos pueden celebrar.

En efecto, en la consulta se cuestiona cuáles son las “*empresas privadas*” a las que alude la norma citada y cuáles son los contratos que menciona.

En ese orden de ideas, la Sala considera necesario referirse a tres grandes tópicos, para mayor claridad, en el siguiente orden: (i) los prestadores de servicios públicos domiciliarios; (ii) los contratos que tales prestadores pueden celebrar, y (iii) el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios, en especial de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo.

1. Interpretación del término “empresas privadas”. Los prestadores de servicios públicos domiciliarios

Para interpretar adecuadamente el contenido del párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, la Sala considera que lo primero que debe aclararse es qué significa, en el contexto de dicha norma, la expresión “empresas privadas”, para lo cual es necesario analizar previamente el objeto de los contratos a los que esa disposición alude, dado que: (i) si tal objeto se refiere a la prestación del servicio, resultaría claro para la Sala, como más adelante se explicará, que tales “empresas privadas” no pueden ser distintas de las empresas de servicios públicos y, en general, de las personas naturales y jurídicas a quienes la Ley 142, con fundamento en la Carta Política, autoriza expresa y taxativamente para prestar los servicios públicos domiciliarios, mientras que (ii) si resultare que el objeto de los citados contratos no involucra necesariamente la prestación de dichos servicios, las “empresas privadas” que menciona la disposición comentada podrían ser otras, distintas de los prestadores de servicios públicos.

a. El objeto de los contratos

Aunque el párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 no se refiere a uno o varios tipos de contratos en particular, sí describe en forma genérica el objeto que tendrían los contratos a los cuales se aplica, al señalar que estos comprenden “*la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley*”. En esa medida, debe analizarse, como se anunció, si tales actividades equivalen a la prestación misma de los servicios públicos, o si pueden referirse, por el contrario, a tareas o gestiones distintas, que aun cuando puedan servir de apoyo para prestar tales servicios, no impliquen en sí mismas su prestación.

Para absolver este interrogante, es necesario observar, inicialmente, que en el texto citado entre comillas, el legislador no utilizó la conjunción disyuntiva “o”, sino la conjunción copulativa “y”, al indicar las actividades que forman parte del objeto de los citados contratos, lo cual significa que dicho objeto no está conformado por cualquiera de dichas actividades independientemente, vale decir, la financiación, la operación o el mantenimiento de alguno de los servicios públicos domiciliarios, sino por las tres actividades al mismo tiempo, la financiación, la operación y el mantenimiento. Aclara la Sala que lo anterior no significa que una entidad pública e, incluso, una empresa de servicios públicos no pueda eventualmente contratar cualquiera de dichas actividades en forma separada, pero esa clase de contratos no sería la prevista en el supuesto de hecho de la norma que se analiza, por lo cual tampoco le serían aplicables las consecuencias señaladas en el artículo 87, parágrafo 1º de la Ley 142 de 1994.

Aclarado lo anterior, es necesario transcribir lo que entiende la Ley 142 por servicios públicos domiciliarios y sus actividades complementarias, en general, y por servicios de agua potable (o acueducto), alcantarillado y aseo, en particular. A este respecto, el artículo 14 ibídem estatuye:

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

*14.2. Actividad complementaria de un servicio público. Son las actividades a que también se aplica esta Ley, según la precisión que se hace adelante, al definir cada servicio público. Cuando en esta Ley se mencionen los servicios públicos, sin hacer precisión especial, se entienden incluidas tales actividades.
(...)*

14.19. Saneamiento básico. Son las actividades propias del conjunto de los servicios domiciliarios de alcantarillado y aseo.

14.20. Servicios públicos (modificado por el artículo 2 de la Ley 689 de 2001²²). Son todos los servicios y actividades complementarias a los que se aplica esta ley.

14.21. Servicios públicos domiciliarios. Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible, tal como se definen en este capítulo.

14.22. Servicio público domiciliario de acueducto. Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

²² “Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994”.

14.23. Servicio público domiciliario de alcantarillado. Es la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos.

14.24. Servicio público de aseo (modificado por el artículo 1 de la Ley 689). Es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.

*Igualmente incluye, entre otras, las actividades complementarias de corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas; de lavado de estas áreas, transferencia, tratamiento y aprovechamiento.
(...)"*

Como se aprecia, la Ley 142 de 1994 define expresamente lo que se entiende por servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, así como sus actividades complementarias, pero no señala de la misma forma las actividades o tareas específicas que involucra la prestación de tales servicios, es decir, el conjunto de actos y operaciones (materiales y jurídicas) que se requieren para prestar tales servicios.

Sin embargo, existen otras disposiciones de la misma ley que permiten aproximarse a lo que involucra la prestación de tales servicios. En particular, es dable citar algunas de las normas que señalan los costos que se consideran cubiertos con las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, ya que dichas tarifas, al constituir el precio que los usuarios pagan como contraprestación por el servicio ofrecido, deben cubrir los costos de las actividades y gestiones que las empresas realizan para prestar tales servicios, con base en el criterio de suficiencia financiera definido en el numeral 4º del artículo 87 de la Ley 142, en los siguientes términos:

"87.4. Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas... y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios". (Subraya la Sala).

Aparte de la disposición anterior, el artículo 90 ibídem señala los cargos que pueden incluirse en las tarifas, sin perjuicio de otras alternativas que definan las comisiones de regulación:

"Artículo 90. Elementos de las fórmulas de tarifas. Sin perjuicio de otras alternativas que puedan definir las comisiones de regulación, podrán incluirse los siguientes cargos:

90.1. *Un cargo por unidad de consumo, que refleje siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos que varíen con el nivel de consumo como la demanda por el servicio;*

90.2. *Un cargo fijo, que refleje los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independientemente del nivel de uso.*

Se considerarán como costos necesarios para garantizar la disponibilidad permanente del suministro aquellos denominados costos fijos de clientela, entre los cuales se incluyen los gastos adecuados de administración, facturación, medición y los demás servicios permanentes que, de acuerdo a definiciones que realicen las respectivas comisiones de regulación, son necesarios para garantizar que el usuario pueda disponer del servicio sin solución de continuidad y con eficiencia.

90.3. *Un cargo por aportes de conexión el cual podrá cubrir los costos involucrados en la conexión del usuario al servicio. También podrá cobrarse cuando, por razones de suficiencia financiera, sea necesario acelerar la recuperación de las inversiones en infraestructura, siempre y cuando estas correspondan a un plan de expansión de costo mínimo. La fórmula podrá distribuir estos costos en alcuotas partes anuales. (...). (Se resalta).*

Adicionalmente y de manera particular para los servicios de acueducto y saneamiento básico, el artículo 163 de la misma ley dispone que las fórmulas tarifarias que se adopten para las empresas que presten tales servicios, “*además de tomar en cuenta los costos de expansión y reposición de los sistemas de agua potable y saneamiento básico, incluirán los costos de administración, operación y mantenimiento asociados con el servicio” (subrayamos).*

En forma complementaria, el artículo 164 ejusdem dispone, en su parte pertinente:

“Artículo 164. Incorporación de costos especiales. Con el fin de garantizar el adecuado ordenamiento y protección de las cuencas y fuentes de agua, las fórmulas tarifarias de los servicios de acueducto y alcantarillado incorporarán elementos que garanticen el cubrimiento de los costos de protección de las fuentes de agua y la recolección, transporte y tratamiento de los residuos líquidos. Igualmente, para el caso del servicio de aseo, las fórmulas tomarán en cuenta, además de los aspectos definidos en el régimen tarifario que establece la presente Ley, los costos de disposición final de basuras y rellenos sanitarios. (...).”

Una lectura integral de estas normas, permite deducir que la prestación de un servicio público implica la realización de un vasto conjunto de actividades, obras, tareas y gestiones para que el servicio pueda ser recibido y disfrutado finalmente por el usuario. Algunas de estas deben realizarse mucho antes de que el servicio pueda ser efectivamente utilizado por los usuarios, tales como la ejecución de las obras de infraestructura que se requieran para generar o adquirir el bien objeto del

servicio (agua potable, gas, electricidad etc.), para distribuirlo por tuberías, cables y otras redes, y para entregarlo finalmente a cada usuario mediante las respectivas “acometidas” y conexiones. Otras de las actividades mencionadas deben cumplirse en forma permanente y concomitante con el uso del servicio público por parte de los usuarios, como el mantenimiento de la infraestructura, el control de fugas, el suministro del bien objeto del servicio, entre otras, y algunas gestiones deben realizarse incluso en forma posterior a la entrega y utilización del servicio, tales como la medición del consumo, la elaboración, distribución y entrega de facturas, el recaudo de las tarifas, la atención que quejas, peticiones y reclamos, la reconexión del servicio etc.

Merece la pena aclarar que este conjunto de acciones y tareas deben ser financiadas, en principio, por la propia empresa o entidad prestadora del servicio público, con recursos suyos o de terceros, aunque tales gastos e inversiones puedan ser recuperados luego mediante el cobro de las tarifas, de acuerdo con las metodologías y las fórmulas que fijen las comisiones de regulación.

Todo lo anterior permite inferir que cuando el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 se refiere a ciertos contratos que se celebren con “empresas privadas” para que estas “*hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley*”, no podría estar aludiendo a nada distinto que a la prestación misma de tales servicios, en cuanto las actividades señaladas genéricamente en dicha norma -financiación, operación y mantenimiento- engloban todas las acciones, tareas y gestiones que las empresas de servicios públicos domiciliarios deben ejecutar para ofrecer y prestar tales servicios, o, al menos, la mayor parte y las más importantes de aquellas.

b. Significado de la expresión “empresas privadas”. Los prestadores de servicios públicos domiciliarios

La conclusión a la que se ha llegado en el numeral anterior, en el sentido de que el objeto de los contratos a los cuales alude el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 comprende la prestación misma de los servicios públicos domiciliarios, conduce a la Sala hacia otra conclusión que se deriva necesariamente de la primera, a saber: que solamente las personas naturales o jurídicas que tengan la calidad de “prestadores” de los servicios públicos domiciliarios, según lo regulado en la misma ley, podrían celebrar los contratos referidos en calidad de contratistas.

En efecto, debe recordarse que la Constitución Política definió en forma genérica quiénes están facultados para prestar servicios públicos en Colombia, al disponer que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares (artículo 365), pero no entró en el detalle (como no podía ni debía hacerlo una norma de ese rango) de qué tipo de personas y mediante cuáles instrumentos jurídicos podían ofrecer y prestar tales

servicios. Sin embargo, la propia Carta defirió al legislador la tarea de regular dichos servicios, incluyendo, entre otros asuntos, “*las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios*” (artículo 367).

De esta tarea, entonces, se ocupó el legislador, principalmente en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, al disponer:

“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”.

Esta norma debe complementarse e interpretarse con otras disposiciones de la misma ley, tales como el artículo 3º (inciso final), que asimila los otros prestadores de servicios públicos a las empresas de servicios públicos, para efectos del régimen al cual están sujetos; el artículo 6º, que prevé los casos y las condiciones en que los municipios pueden prestar directamente los servicios públicos; el artículo 8, numeral 6º, que permite excepcionalmente a la Nación prestar tales servicios, cuando los municipios y los departamentos no puedan hacerlo; el artículo 14, que contiene varias definiciones, entre ellas las de “*prestación directa de servicios por un municipio*”, “*productor marginal, independiente o para uso particular*”, y empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas; el artículo 16, que se refiere a la forma como debe aplicarse la ley a los productores marginales, independientes o para uso particular; el 17, que dispone sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos, así como sobre el deber que tenían las entidades públicas que prestaban servicios públicos antes de la Ley 142, de transformarse en empresas de servicios públicos o en empresas industriales y comerciales del Estado (parágrafo primero); el artículo 178, que efectúa una asimilación entre los municipios

y los distritos, los territorios indígenas (cuando se constituyen como entidades territoriales) y el Departamento de San Andrés y Providencia, y el artículo 180, que fijaba un plazo para la transformación de las entidades públicas que estuvieran prestando servicios públicos a la entrada en vigencia de la Ley 142, entre otras disposiciones.

Ahora bien, de este conjunto de normas constitucionales y legales se extrae la inequívoca conclusión de que no cualquier persona puede prestar servicios públicos domiciliarios en Colombia, sino solamente aquellas personas jurídicas (principalmente) y naturales (excepcionalmente)²³ que menciona el artículo 15 y, en forma más excepcional aun, el artículo 8, numeral 6º (es decir, los departamentos y la Nación) de la Ley 142 de 1994. En esa medida, resulta claro para la Sala que la expresión “*empresas privadas*” que utiliza el artículo 87 de la misma ley, en su párrafo 1º, como destinatarias de los contratos que se celebren para efectuar la “*financiación, operación y mantenimiento*” de uno o varios servicios públicos domiciliarios, no puede significar cualquier empresa, conformada por una persona natural o jurídica, sino únicamente las empresas de servicios públicos domiciliarios definidas y reguladas en la Ley 142, así como otros prestadores de dichos servicios, previstos en el artículo 15 ibídem, como más adelante se explicará.

De no ser así, llegaríase a la inaceptable conclusión de que cualquier persona natural o jurídica que constituyera una empresa, en su sentido lato²⁴, podría prestar servicios públicos domiciliarios mediante la celebración y ejecución de los contratos a los que se refiere el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142. Esta conclusión no puede acogerse, pues resulta abiertamente contraria a lo dispuesto expresamente en varias normas de la Ley 142 de 1994, incluyendo algunas que forman parte de su estructura fundamental, así como a la clara intención del legislador en esta materia, contenida tanto en la exposición de motivos como en las diferentes ponencias del proyecto de ley.

Entonces, partiendo de que no puede ser cualquier persona natural o jurídica la que celebre y ejecute los contratos a los cuales se refiere el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142, debe darse respuesta a dos inquietudes que surgen de esta conclusión inicial, con el fin de aclarar completamente el asunto: (i) ¿Debe entenderse que solamente las empresas de servicios públicos *privadas* son las “*empresas privadas*” a las cuales se refiere la norma citada, o también pueden serlo las empresas de servicios públicos mixtas y oficiales?, y (ii) ¿solo las empresas de servicios públicos podrían actuar como contratistas en los contratos a los cuales

²³ Sobre la posibilidad excepcional de que personas naturales presten servicios públicos domiciliarios, se pronunció la Sala en el concepto N° 2190 del 21 de agosto de 2014.

²⁴ El artículo 25 del Código de Comercio define “*empresa*” como “*toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios*” (se resalta), que se ejecuta “*a través de uno o más establecimientos de comercio*”.

alude dicha norma, o también podrían serlo los otros prestadores de servicios públicos listados en el artículo 15 ibídem?

1) En relación con la primera inquietud, debe mencionarse que la Ley 142 de 1994 estableció un tratamiento igualitario para las diferentes clases de empresas de servicios públicos, es decir, las oficiales, las privadas y las mixtas, con el fin de permitir y promover la competencia entre ellas en el mercado de los servicios públicos, dentro de un mismo marco legal y regulatorio, sin atender al origen de cada empresa ni al grado de participación del Estado en su capital.

Así se ve reflejado claramente en varias normas de la citada ley y en los antecedentes de la misma. En efecto, las disposiciones de la Ley 142 que regulan la constitución, el funcionamiento, la disolución y la liquidación de las empresas de servicios públicos, contenidas en los artículos 3, 10, 11, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24, entre otros, están dirigidas indistintamente a todas las empresas de servicios públicos, con prescindencia de su origen y nacionalidad, o de la composición de su capital. Aunque el artículo 27 ibídem contiene algunas reglas especiales que resultan aplicables a las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, tales normas no atañen a las empresas en sí mismas, sino a la participación de las entidades públicas en aquellas, así como a la conducta que deben seguir los representantes de dichas entidades en los órganos de administración y dirección de las empresas. En esa medida, las citadas reglas no alteran la forma como las empresas oficiales y mixtas deben operar en el mercado, en concurrencia con las empresas privadas.

La intención de dar un tratamiento igualitario a las empresas de servicios públicos privadas, oficiales y mixtas fue consignada expresamente en los antecedentes de la Ley 142 de 1994. Puede citarse, en particular, lo que se dijo sobre este punto en la correspondiente exposición de motivos:

“4.12. Las empresas operarán en igualdad de condiciones; no habrá privilegios para las que tengan capital oficial (art. 23). Los privilegios no solo conducen a que se escondan las ineficiencias sino que, además, tienden a que no se pueda aumentar la cobertura de los servicios, porque desaniman la participación del sector privado. (...)”.
(Subraya ajena al texto original).

Así como el legislador no quiso establecer privilegios para las empresas de servicios públicos que tuvieran capital oficial, con mayor razón no quiso establecerlos -y de hecho no lo hizo- para las empresas que tuvieran exclusivamente capital privado. De esta forma, interpretar que el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 consagra una especie de privilegio para las empresas de servicios públicos privadas, en el sentido de que solo ellas puedan participar en las invitaciones públicas y en los contratos mencionados en dicha norma, no solamente sería contrario a varias disposiciones de dicha ley y a algunas de las finalidades perseguidas con la misma (ampliar la cobertura, incentivar la competencia y mejorar

la eficiencia en la prestación), sino que también podría resultar inconstitucional, al vulnerar los derechos a la igualdad y a la libre competencia económica (artículos 13 y 333 de la Carta Política, respectivamente), sin una justificación que se muestre clara y relevante, desde el punto de vista constitucional.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las normas de la Ley 142 que definen y regulan los contratos a los cuales alude probablemente el párrafo primero del artículo 87 ejusdem, entre ellos los artículos 31, 39, 40 y 61, tal como más adelante se explicará, no se refieren exclusivamente a empresas de servicios públicos privadas, sino a las empresas de servicios públicos, en general.

De todo lo anterior concluye la Sala, en primer lugar, que cuando el párrafo del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 se refiere a “empresas privadas”, no puede entenderse que dicha expresión permita solamente a las empresas de servicios públicos de carácter privado participar en invitaciones públicas para celebrar contratos cuyo objeto sea la financiación, la operación y el mantenimiento de un servicio público domiciliario, sino que dicha posibilidad existe para todas las empresas de servicios públicos, en general, incluyendo las oficiales y las mixtas, e incluso, como enseguida se verá, para otros prestadores de servicios públicos que, sin tener el carácter de “empresas”, están facultados por la ley para prestar dichos servicios en competencia con las empresas de servicios públicos.

2) Otros prestadores de servicios públicos domiciliarios

Así como la Ley 142 impuso un criterio de igualdad entre todas las empresas de servicios públicos, independientemente de que sean públicas, privadas o mixtas, también estableció una equivalencia entre todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios, señalados principalmente en el artículo 15 ibídem, los cuales incluyen, aparte de las empresas, a los denominados “*productores marginales, independientes o para uso particular*” (numeral 2º), a los municipios en forma directa (numeral 3º), a las “*organizaciones autorizadas*” (numeral 4º) o “*comunidades organizadas*” (como las llama el artículo 365 de la Carta Política), a las entidades autorizadas para prestar los servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esa ley (numeral 5º), y a 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 párrafo del artículo 17*” (numeral 6º).

Esta equivalencia fue consagrada principalmente en el inciso final del artículo 3º de la Ley 142 de 1994, en los siguientes términos:

“Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones, al control,

inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, y a las contribuciones para aquéllas y ésta”.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que a diferencia de lo que sucede con las empresas de servicios públicos, no todos los prestadores tienen la misma capacidad legal para participar en el mercado competitivo, ni para prestar cualquiera de los servicios públicos domiciliarios previstos en la Ley 142 de 1994, a todos los usuarios y en cualquier región del país, pues la misma Ley 142, así como otras normas constitucionales y legales, imponen ciertas restricciones, ya sea por la naturaleza jurídica y el régimen propio de algunos prestadores, o bien por otras consideraciones.

Así ocurre, por ejemplo, con el denominado “*productor marginal, independiente o para uso particular*”, definido en el artículo 14, numeral 15 de la Ley 142 de 1994²⁵. De acuerdo con dicha definición y con las restricciones que para esta clase de prestadores impone el parágrafo del artículo 16 *ibídem*²⁶, no resultaría viable, salvo en rarísimas circunstancias, que los productores marginales, independientes o para uso particular pudiesen celebrar los contratos a los cuales se refiere este acápite.

De lo explicado se concluye que no solamente las empresas de servicios públicos (oficiales, privadas y mixtas), sino, en general, los prestadores de servicios públicos domiciliarios listados en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, con las restricciones

²⁵ “14.15 (modificado por el artículo 1º de la Ley 689 de 2001). *Productor marginal, independiente o para uso particular: Es la persona natural o jurídica que utilizando recursos propios y técnicamente aceptados por la normatividad vigente para cada servicio, produce bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos para sí misma o para una clientela compuesta exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella o con sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal*”.

²⁶ “ARTÍCULO 16. APLICACIÓN DE LA LEY A LOS PRODUCTORES DE SERVICIOS MARGINALES, INDEPENDIENTE O PARA USO PARTICULAR. *Los productores de servicios marginales o para uso particular se someterán a los artículos 25 y 26 de esta Ley. Y estarán sujetos también a las demás normas pertinentes de esta Ley, todos los actos o contratos que celebren para suministrar los bienes o servicios cuya prestación sea parte del objeto de las empresas de servicios públicos, a otras personas en forma masiva, o a cambio de cualquier clase de remuneración, o gratuitamente a quienes tengan vinculación económica con ellas según la Ley, o en cualquier manera que pueda reducir las condiciones de competencia. Las personas jurídicas a las que se refiere este artículo, no estarán obligadas a organizarse como empresas de servicios públicos, salvo por orden de una comisión de regulación. En todo caso se sobreentiende que los productores de servicios marginales independientes o para uso particular de energía eléctrica están sujetos a lo dispuesto en el artículo 45 de la ley 99 de 1993.*

Parágrafo. Cuando haya servicios públicos disponibles de acueducto y saneamiento básico será obligatorio vincularse como usuario y cumplir con los deberes respectivos, o acreditar que se dispone de alternativas que no perjudiquen a la comunidad. La Superintendencia de Servicios Públicos será la entidad competente para determinar si la alternativa propuesta no causa perjuicios a la comunidad. Las autoridades de policía, de oficio o por solicitud de cualquier persona procederán a sellar los inmuebles residenciales o abiertos al público, que estando ubicados en zonas en las que se pueden recibir los servicios de acueducto y saneamiento básico no se hayan hecho usuarios de ellos y conserven tal carácter”.

o limitaciones que la Constitución y la ley establecen para algunos de ellos, podrían celebrar, en calidad de contratistas, los contratos mencionados en el párrafo primero del artículo 87 de la misma ley.

Es pertinente mencionar que esta conclusión resulta confirmada por la reglamentación de la Ley 1508 de 2012²⁷, compilada hoy en el Decreto 1082 de 2015²⁸, en lo referente a la estructuración y ejecución de proyectos de asociación público-privada en el sector de agua potable y saneamiento básico. A este respecto, el artículo 2.2.2.1.9.3 del citado decreto dispone:

“Artículo 2.2.2.1.9.3. Requisito en procesos de selección de proyectos de Asociaciones Público Privadas del sector de Agua Potable y Saneamiento Básico. En adición a los requisitos y condiciones establecidos en la Ley 1508 de 2012, el inversionista privado que se presente a un proceso de selección para la ejecución de un proyecto de Asociación Público Privada, que no ostente la condición de empresa de servicio público, deberá acreditar la celebración de un contrato con un prestador de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo, con la experiencia indicada en el pliego de condiciones, en el que dicha empresa se comprometa a realizar la operación y mantenimiento de la infraestructura, por el mismo tiempo de duración del contrato de Asociación Público Privada. Lo anterior, como requisito para la presentación de la oferta.

(...)

Parágrafo 2. El prestador de los servicios públicos domiciliarios se encargará de la prestación del respectivo servicio, de conformidad con los requisitos previstos en el contrato de Asociación Público Privada suscrito y será responsable ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por la prestación del servicio con el pleno cumplimiento de la normativa exigible para tal fin.
(Decreto 63 de 2015, artículo 3)”. (Subrayas ajenas al texto).

Como se infiere, al expedir la norma citada, el Gobierno Nacional entendió que en esta clase de esquemas (que incluyen los contratos de concesión), la operación del servicio público domiciliario y el mantenimiento de la infraestructura respectiva debían estar a cargo de un prestador de servicios públicos constituido de acuerdo con la ley, en la medida en que tales actividades equivalen a la prestación misma del servicio.

2. Los contratos a que alude el párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994

²⁷ “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

²⁸ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional”.

Habiéndose concluido en el numeral anterior que el objeto de los contratos a los que atañe el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 no puede distinguirse de la prestación misma de los servicios públicos domiciliarios y que, por tal razón, dichos contratos solo pueden ser celebrados con las empresas de servicios públicos y otros “prestadores”, la Sala debe analizar ahora en qué eventos pueden suscribirse los referidos contratos y cuáles son, en últimas, los tipos o clases de contratos a los que esa norma alude.

Para esto, la Sala observa, en primer lugar, que el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 no tipifica directamente una o varias clases de contratos que las empresas de servicios públicos puedan celebrar, ni las autoriza directamente a ellas o a las entidades públicas para suscribirlos, sino que principalmente regula cierto aspecto -el de las tarifas- de algunos contratos que las entidades públicas podrían celebrar con las citadas empresas y otros prestadores, con fundamento en distintas normas de la Ley 142.

Para llegar a esta conclusión, es necesario apreciar, en primer lugar, la ubicación del citado párrafo en el contexto de la Ley 142 de 1994. Dicha sección normativa forma parte del artículo 87, el cual señala y define los criterios que deben tenerse se cuenta para establecer el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios, artículo que, a su vez, se encuentra integrado al título VI de la citada ley, el cual se ocupa del “*régimen tarifario de las empresas de servicios públicos*”.

En contraste, los contratos que dichas empresas pueden suscribir se encuentran tipificados y regulados en el título II de la referida ley, bajo la denominación de “*régimen de actos y contratos de las empresas*”, y en el título VIII, que se refiere en particular al contrato de prestación de servicios públicos. En el primero de los títulos citados se mencionan, entre otros, varios contratos de carácter especial que las empresas de servicios públicos pueden suscribir con entidades públicas.

Lo anterior sugiere, de entrada, que el propósito perseguido con el párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 no fue el de establecer y regular un tipo especial de contratos que las empresas de servicios públicos pudiera celebrar, sino regular un determinado aspecto (el tarifario) involucrado en una o varias clases de contratos que dichas empresas están facultadas para suscribir.

Esta conclusión la ratifica el texto del párrafo citado, que se refiere principalmente a la posibilidad de establecer las tarifas como elemento para adjudicar los contratos que allí se mencionan, a las condiciones y requisitos mínimos que deben tener las fórmulas tarifarias que se pacten, y a la potestad que se otorga a las comisiones de regulación para revisar dichas fórmulas y ordenar su modificación, ya sea periódicamente (cada 5 años) o bien cuando se presente alguna de las circunstancias previstas en la citada disposición.

Dado lo anterior, la Sala debe analizar la cuestión de cuáles contratos, en particular, son aquellos a los que posiblemente alude el citado precepto y en qué disposiciones de la Ley 142 de 1994 se encuentran tipificados.

Para esto es necesario recordar que uno de los principios básicos que consagró la citada ley y que, tal como lo disponen los artículos 13 y 30 ibídem, deben servir para interpretar todas las disposiciones de esa normatividad y, en particular, aquellas que regulan los actos y contratos de las empresas, es el principio de “libertad de entrada” que, según el artículo 22 de la Ley 142, consiste en que “las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades”. Debe aclararse que los artículos 25 y 26 que se citan en este precepto, se refieren a los “contratos de concesión” que algunas empresas deben suscribir, o a las licencias que deben obtener, para utilizar las aguas o el espectro electromagnético involucrados en la prestación de ciertos servicios públicos, así como a los permisos ambientales y sanitarios que requieran, y a los que exijan las normas generales sobre planeación urbana, circulación y tránsito, uso del espacio público, o seguridad y tranquilidad ciudadanas, que los municipios deben expedir o aplicar. No se trata, por ende, de contratos de concesión *para la prestación del servicio público*.

Este principio de “libertad de entrada”, que se vincula con principios más generales establecidos en la Constitución Política y en la misma Ley 142, como los de libertad económica, iniciativa privada y libre competencia, aparece ratificado en otras normas de la citada normatividad. Así, por ejemplo:

- El artículo 10 dispone que *“es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley”*.
- El artículo 23 preceptúa que *“las empresas de servicios públicos pueden operar en igualdad de condiciones en cualquier parte del país, con sujeción a las reglas que rijan en el territorio del correspondiente departamento o municipio”*.
- El inciso tercero del artículo 26 estatuye que *“las autoridades municipales en ningún caso podrán negar o condicionar a las empresas de servicios públicos las licencias o permisos para cuya expedición fueren competentes conforme a la ley, por razones que hayan debido ser consideradas por otras autoridades competentes para el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, ni para favorecer monopolios o limitar la competencia”*.

- El inciso final del artículo 73, que atañe a las funciones y facultades generales de las comisiones de regulación, establece: *“Salvo cuando esta Ley diga lo contrario en forma explícita, no se requiere autorización previa de las comisiones para adelantar ninguna actividad o contrato relacionado con los servicios públicos. (...)”*.
- Y el párrafo primero del artículo 79, que señala las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, prescribe que, *“en ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya”*.

Las disposiciones citadas permiten concluir con certeza que, salvo en aquellos casos previstos taxativa y expresamente por la Ley 142 de 1994 o las demás leyes que regulan parcialmente los servicios públicos domiciliarios (como la Ley 143 de 1994²⁹), las autoridades públicas de todos los órdenes (incluyendo los municipios, los departamentos, las comisiones de regulación y la misma Superintendencia de Servicios Públicos) no pueden condicionar la prestación de un servicio público domiciliario en determinada parte del país o en todo el territorio nacional a la previa suscripción de un contrato con la respectiva entidad pública. En esa medida, las salvedades que consagra la Ley 142 deben interpretarse restrictivamente, por constituir excepciones al principio general de “libertad de entrada”, previamente descrito.

Luego de efectuar una revisión integral de la citada normatividad, la Sala ha encontrado las siguientes excepciones:

- (i) El artículo 40 de la Ley 142 de 1994 establece y regula la figura denominada “áreas de servicio exclusivo”, que da lugar a la celebración de un contrato entre una entidad territorial y un prestador de servicios públicos, así:

“Artículo 40. Áreas de servicio exclusivo. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

²⁹ “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”.

Parágrafo 1º. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos”.

El artículo 174 ibídem atañe igualmente a estos contratos, pero referidos exclusivamente al servicio de distribución domiciliaria de gas combustible por red.

Al revisar los antecedentes de la Ley 142, se observa que la institución de las “áreas de servicio exclusivo” no correspondía propiamente a un contrato, sino a una cláusula de exclusividad³⁰ que podía incluirse en los contratos que las entidades públicas suscribieran con empresas de servicios públicos y otros prestadores. Sin embargo, durante el trámite legislativo, esta figura fue mutando y se convirtió finalmente en un contrato, como aparece regulada hoy en día en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

Tal como lo dispone la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en el artículo 1.3.7.2 de la Resolución CRA 151 de 2001, el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo en los sectores de agua y saneamiento básico debe hacerse siempre mediante contratos de concesión, previa licitación pública:

“Artículo 1.3.7.2 Tipo de contrato. El otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo se hará siempre a través de contratos de concesión, previa la celebración de un proceso licitatorio”.

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido que los contratos que las entidades públicas celebren para otorgar a empresas de servicios públicos áreas de servicio exclusivo, son contratos *de concesión*, que se rigen por las disposiciones de la Ley 80 de 1993. Así, por ejemplo, en sentencia del 30 de junio de 2011³¹, esta Corporación manifestó:

³⁰ Así se puede apreciar, principalmente, en el artículo 51 del proyecto de ley que presentó a consideración del Congreso el Gobierno Nacional, y en el cual, al referirse a los contratos para la administración de una empresa de servicios públicos y a los contratos para la entrega en concesión de sus bienes, se indicaba: “*En tales contratos, si versan sobre servicios de distribución de energía, gas combustible por redes, o de acueducto, podrá acordarse... que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma región*”. El artículo 40 de la Ley 142 de 1994 guarda algunas reminiscencias de esta concepción primigenia, como puede observarse en su parágrafo primero, cuando establece que, “*antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, [la comisión de regulación competente] verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos*”. (Subrayamos).

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de junio de 2011, radicación N° 11001-03-26-000-2005-00067-00 (32.018).

*“Tal y como ya lo ha señalado la jurisprudencia³², de la lectura del texto legal transcrito se tiene que las áreas de servicio exclusivo-ASE son una **figura excepcional** en cuanto entrañan la concesión del servicio, esto es, que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado.*

De ahí que la disposición en cita, cuya constitucionalidad no es materia de este juicio, imponga las siguientes rigurosas condiciones de aplicación:

i) Sólo podrá tener lugar por motivos de interés social y con el propósito de extender la cobertura a los usuarios pobres;

ii) La competencia para fijarlas es de la autoridad o autoridades territoriales competentes;

iii) Supone la celebración de un contrato en el que se precisará el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio concesionado en exclusividad, los niveles de calidad que debe asegurar y demás obligaciones en torno a la prestación del servicio.

iv) La Comisión Reguladora respectiva debe definir por vía general cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en este tipo de contratos, los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse; metodología que fue establecida para el sector de acueducto y saneamiento básico en la Resolución CRA 151 de 2001, Sección 1.3.7.

v) El proceso de adjudicación del contrato de concesión de áreas de servicio exclusivo se debe adelantar previa licitación que asegure conurrencia de oferentes (competencia por el mercado);

vi) El ente regulador competente deberá verificar, antes de la apertura de la licitación, que las ASE son indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos (se destaca)”.

*En consonancia con este precepto el artículo 9º de la Ley 632 se ocupó de regular esta modalidad de prestación para el caso de aseo... Importa, en todo caso, destacar que en desarrollo de esta disposición legal, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 891 de 2002³³, que dispuso que el establecimiento y otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación de actividades del servicio público domiciliario de aseo, **se hará siempre por medio de contratos de concesión**, adjudicados previo agotamiento de un proceso licitatorio público, con el cual se garantice la competencia y la transparencia (artículo 3º).” (Negrillas en el original; subrayas añadidas, excepto en el numeral vi).*

³² “[4] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 888 de 13 de agosto de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio”.

³³ “[5] Diario Oficial No. 44.795, de 09 de mayo de 2002”.

Cabe recordar que los contratos de concesión se entienden incorporados actualmente en los esquemas de asociación público-privada, tal como lo dispone el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012. En el caso de las áreas de servicio exclusivo para la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, esta afirmación se encuentra apoyada, además, por lo previsto en el Decreto 1082 de 2015, cuyo artículo 2.2.2.1.9.7 dispone:

“Artículo 2.2.2.1.9.7. Áreas de Servicio Exclusivo en proyectos de Agua Potable y Saneamiento Básico bajo esquema de Asociaciones Público Privadas. En los proyectos de Asociaciones Público Privadas para el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico, se podrá solicitar el establecimiento de un Área de Servicio Exclusivo, conforme lo establecido en la normativa vigente”.

En esa medida, cuando los municipios, como principales y directos responsables de garantizar la prestación a los servicios públicos a sus habitantes (artículos 367 de la Constitución Política y 5º de la Ley 142 de 1994), decidan acudir a la figura de las “áreas de servicio exclusivo” en todo o parte del territorio de su jurisdicción, con el fin de extender la cobertura de los servicios públicos de acueducto, aseo y alcantarillado a los sectores sociales más necesitados, y se verifique el cumplimiento de las condiciones señaladas por la CRA, a que se refiere el parágrafo 1º del artículo 40 de la Ley 142, se entiende que solamente la empresa de servicios públicos o, en general, el prestador de tales servicios que resulte adjudicatario y con quien se celebre el contrato, puede prestar el servicio o los servicios de que se trate en el territorio al cual se extienda el área de servicio exclusivo.

En estos contratos puede preverse que la adjudicación se haga con base en las tarifas que propongan los oferentes, entre otros criterios, caso en el cual las fórmulas y las tarifas deberán incorporarse en los respectivos contratos, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994. Más aun, para la CRA sería obligatorio o necesario que en esta clase de negocios se pacten las tarifas, como lo establece dicha comisión en la sección 1.3.7 (“Áreas de Servicio Exclusivo”), artículo 1.3.7.5 de la Resolución 151 de 2001, así:

“Artículo 1.3.7.5 Elemento tarifario. Los proponentes deberán incluir en sus ofertas las fórmulas tarifarias que aplicarían, en cumplimiento de lo establecido por el inciso final del Artículo 39 de la Ley 142 de 1994. La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico intervendrá cuando se presenten los eventos contemplados en el Parágrafo 1 del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

Las modificaciones de la parte tarifaria de los contratos derivadas de las circunstancias descritas en el parágrafo 1 del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994 no darán derecho a indemnización”.

Finalmente debe tenerse en cuenta que si bien dicho contrato debe estar precedido de un proceso de selección objetiva (en la modalidad de licitación pública), en el cual exista competencia entre varios oferentes, esta figura constituye en todo caso

una excepción al principio de “libertad de entrada”, en la medida en que, durante la vigencia del contrato, ninguna otra empresa o prestador, distinto del adjudicatario, puede prestar el servicio o los servicios públicos que hayan sido objeto de concesión, dentro del territorio que conforma el área de servicio exclusivo, tal como lo explicó el Consejo de Estado en la sentencia citada con anterioridad.

(ii) El artículo 61 de la Ley 142, referente a la liquidación de las empresas de servicios públicos domiciliarios, dispone lo siguiente, en su parte pertinente:

“Artículo 61. Continuidad en la prestación del servicio. Cuando por voluntad de los socios, por configurarse una causal de disolución o por decisión del Superintendente de Servicios Públicos, una empresa de servicios públicos entre en proceso de liquidación, el representante legal o el revisor fiscal deberá dar aviso a la autoridad competente para la prestación del respectivo servicio, para que ella asegure que no se interrumpa la prestación del servicio. (...)

La autoridad competente procederá a celebrar los contratos que sean necesarios con otras empresas de servicios públicos para que sustituyan a la empresa en proceso de liquidación o a asumir directamente en forma total o parcial las actividades que sean indispensables para asegurar la continuidad en la prestación del servicio, en concordancia con la entidad fiduciaria designada en desarrollo del proceso de toma de posesión...

Parágrafo. Al ordenar la liquidación de una empresa de servicios públicos del orden municipal que preste el servicio en forma monopolística, el Superintendente de Servicios Públicos fijará un plazo prudencial, que en todo caso no excederá a seis (6) meses, para que el alcalde del respectivo municipio otorgue, mediante contrato y previo cumplimiento de los trámites establecidos para las licitaciones públicas, la prestación del correspondiente servicio a otra empresa.

Si el alcalde no celebrare el respectivo contrato dentro del término fijado, el Superintendente de Servicios Públicos fijará un plazo adicional de cuatro (4) meses, para que el Gobernador adjudique la prestación del servicio, mediante contrato y previo cumplimiento de los trámites establecidos para las licitaciones públicas.

En caso de que el Gobernador no realice la adjudicación, el Superintendente deberá adjudicar la prestación del servicio por el tiempo que considere necesario, mediante contrato y previo cumplimiento de los trámites establecidos para las licitaciones públicas.

(...)”. (Subraya la Sala).

Este artículo regula en realidad dos (2) hipótesis, que si bien guardan similitud en cuanto a la situación que las origina y al propósito buscado por el legislador, deben distinguirse para mayor claridad:

a) La primera, prevista en los incisos uno y dos de la norma, se refiere a que una empresa de servicios públicos que preste el servicio en determinada región o

zona del país (municipio o departamento, por ejemplo) entre en causal de disolución y deba liquidarse. Dicha empresa puede ser del orden nacional, departamental o municipal, si se trata de una empresa de servicios públicos oficial o mixta, o puede tener cobertura en los mismos territorios (cuando sea privada), y puede estar prestando el servicio público en condiciones de monopolio o de competencia.

Es por esta razón que en este caso, la disposición transcrita otorga a la “autoridad competente”, que normalmente es el municipio, pero que también podría ser el departamento o excepcionalmente la Nación, la potestad de adoptar las medidas “necesarias” para evitar la interrupción en la prestación del servicio, las cuales pueden consistir en la contratación de otra empresa de servicios públicos, en la prestación directa del servicio por parte de la entidad territorial de que se trate, o incluso, a juicio de la Sala, en otros mecanismos distintos de los anteriores, por ejemplo cuando la empresa que se liquida esté prestando el servicio en competencia y la prestación del mismo, en condiciones adecuadas de calidad y cobertura, pueda garantizarse con el otro o los otros prestadores que estén suministrando el servicio en el mismo territorio.

- b) La segunda situación, contenida en el párrafo del artículo 61, que fue adicionado por el artículo 9 de la Ley 689 de 2001, se refiere específicamente a una empresa de servicios públicos del orden municipal que esté prestando el servicio en forma monopolística y que sea objeto de intervención para liquidar, por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos. En dicho caso, la disposición comentada impone el deber de contratar a otra empresa de servicios públicos dentro del plazo que fije la Superintendencia, el cual no puede exceder de seis (6) meses, para continuar con la prestación del servicio. En dicho caso, si el contrato no es adjudicado por el respectivo municipio dentro del término indicado, debe ser adjudicado y celebrado por el respectivo departamento, y si dicha entidad territorial tampoco lo hace oportunamente, el contrato tendría que ser adjudicado y suscrito por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Como puede verse, el párrafo del artículo 61 de la Ley 142 establece también otras situaciones en las que las entidades públicas competentes (el municipio, el departamento, la Nación o la Superintendencia de Servicios Públicos) pueden o deben, según el caso, contratar con una empresa de servicios públicos la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios en determinado territorio.

3. Sobre la posibilidad de que en estos procesos de contratación participe una “promesa de sociedad futura”

En una de las preguntas que se formulan en la consulta, se interroga si dentro del alcance de la expresión “empresa privada” que utiliza el párrafo primero del

artículo 87 de la Ley 142 de 1994, pueden entenderse incluidas las promesas de sociedades futuras, para efectos de su participación en los procesos de selección a los cuales alude esa norma, así como de la adjudicación y celebración de los respectivos contratos.

A este respecto, debe mencionarse, en primer lugar, que la celebración y ejecución de los contratos a que se refiere esta consulta, están sujetas a las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como se deduce del artículo 31 de la Ley 142, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, que en su parte pertinente dice:

“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”. (Subrayas ajenas al texto).

En esa medida, para resolver la cuestión planteada, la Sala debe acudir a las normas que regulan la contratación de las entidades estatales, contenidas principalmente en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007³⁴, 1474 de 2011³⁵ y, en lo concerniente a los contratos de asociación público privada, la Ley 1508 de 2012.

Debe recordarse, en primer lugar, que el artículo 6º de la Ley 80 determina qué tipo de personas pueden celebrar contratos con las entidades estatales:

“Artículo 6º.- De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más”. (Se resalta).

Como se sabe, las personas consideradas legalmente capaces por la ley son las personas naturales y las personas jurídicas o morales, estas últimas en relación con

³⁴ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

³⁵ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

las actividades y operaciones que forman parte de su objeto (principal y secundario o conexo).

No obstante, la norma que se comenta dispone que también pueden celebrarse contratos estatales con “consorcios y uniones temporales”, los cuales están definidos y regulados en el artículo 7º ibídem. Lo que pretende expresar el legislador en este punto es que las entidades estatales pueden suscribir contratos con contratistas plurales, es decir, conformados por dos o más personas naturales o jurídicas al mismo tiempo, vinculadas o asociadas mediante las figuras del consorcio o la unión temporal

El párrafo tercero de este mismo artículo dispone lo siguiente: *“En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios”*.

Es importante precisar que este aparte normativo no consagra la figura de la “sociedad futura” o “promesa de sociedad futura”, sino la de “sociedad de objeto exclusivo” para la celebración y ejecución de un contrato estatal, es decir, una sociedad que se constituye con el objeto específico y exclusivo de presentar una oferta dentro de un proceso de selección llevado a cabo por una entidad estatal y, en el evento de serle adjudicado el contrato, celebrar, ejecutar y liquidar dicho acto jurídico. En lo demás, la “sociedad de objeto exclusivo” constituye una persona jurídica común y corriente.

La figura de la promesa de sociedad estaba prevista en el párrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dentro de la regulación especial que dicha norma establecía para el contrato de concesión de obra, así:

*“Parágrafo 2. Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal...
(...)”*

Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensable para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos. Para el efecto, indicarán con precisión si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente. En estos casos deberán adjuntar a la propuesta un documento en el que los interesados expresen claramente su intención de formar parte de la asociación propuesta. Así mismo deberán presentar los documentos que acrediten los requisitos exigidos por la entidad estatal en el pliego de condiciones.

“Cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este párrafo, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal”.
(Se resalta).

Así, lo que permitía esta norma era que en los procesos de selección para la construcción de una obra por el sistema de concesión, dos o más personas (naturales o jurídicas) presentaran una oferta en forma colectiva, acompañada de la promesa de constituir en el futuro una sociedad, en el evento de que la mencionada propuesta resultara seleccionada. En dicho caso, como lo disponía la norma citada, la sociedad prometida debía constituirse legalmente, mediante la celebración del respectivo contrato de sociedad y el cumplimiento de los demás requisitos previstos en la ley para la existencia y validez de la sociedad como persona jurídica (artículo 98 del Código de Comercio), con el fin de que el contrato estatal se suscribiera con dicha entidad (y no con los proponentes individualmente considerados).

En relación con esta figura, la Sala explicó lo siguiente, en el concepto 1172 de 1999³⁶, reiterado en el 1283 de 2000³⁷:

“La posibilidad de que los proponentes hagan su propuesta con indicación de la intención de constituir una sociedad, suscita una primera cuestión: ¿la adjudicación de la licitación o concurso se hace a favor de los proponentes, o de la sociedad que éstos prometen constituir? Afirmar que es a favor de la sociedad merece el reparo de la incapacidad de ésta por no estar todavía legalmente constituida. Concluir que la adjudicación es a favor de los proponentes, remueve el obstáculo de la capacidad, antes mencionado, y además se ajusta a lo dispuesto en los artículos 7º, párrafo 3º, y 32 párrafo 2º de dicha ley, esto es, que “una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal”.

Por tanto, una propuesta así formulada genera, de una parte, obligaciones entre los proponentes y la entidad estatal licitante, y de otra, la promesa de sociedad origina obligaciones recíprocas entre los proponentes del contrato de concesión adjudicado. El cumplimiento de la propuesta se sujeta a la efectiva constitución de la sociedad, en debida forma, para que el representante legal de ésta a su vez suscriba el contrato adjudicado”. (Se resalta).

Debe aclararse que la “promesa de sociedad” o “promesa de sociedad futura” constituye una modalidad del contrato de promesa, en general, cuya validez y eficacia se encuentran reconocidas por los artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 861

³⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 1172 del 3 de marzo de 1999.

³⁷ Ídem, concepto N° 1283 del 4 de septiembre de 2000.

del Código de Comercio³⁸. En particular, sobre la promesa de sociedad, el artículo 119 del citado código estatuye:

“Artículo 119. La promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deban expresarse en el contrato, según lo previsto en el artículo 110, y con indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad. La condición se tendrá por fallida si tardare más de dos años en cumplirse.

Los promitentes responderán solidaria e ilimitadamente de las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, cualquiera que sea la forma legal que se pacte para ella”.

Ahora bien, dado que el párrafo 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 fue derogado expresamente por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012, surge la duda de saber si, con posterioridad a dicha ley, pueden seguirse presentando ofertas plurales a nombre de “sociedades futuras” o “promesas de sociedad” en los procesos de contratación estatal, particularmente para la celebración de los contratos de concesión, regulados hoy en día bajo el esquema de asociación público privada.

Al revisar cuidadosamente las disposiciones de la Ley 1508, la Sala no encuentra ninguna que reproduzca total o parcialmente la regla que se hallaba contenida en el párrafo 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, en relación con el procedimiento para la selección del contratista en los esquemas de asociación público privada de iniciativa pública, que serían los que incluirían en la actualidad a los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos domiciliarios, en los casos a que se refiere esta consulta, el artículo 9º de la Ley 1508 de 2012 dispone:

“Artículo 9. Procedimiento de selección en proyectos de asociación público privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección en los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública será el establecido en la presente ley y en lo no contemplado en ella se regirá por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Pública”. (Resaltamos).

En armonía con esta disposición, el artículo 12 ibídem estatuye, en su parte pertinente:

“Artículo 12. Factores de selección objetiva. En los procesos de selección que se estructuren para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública o que requieran desembolsos de recursos públicos, la selección objetiva se

³⁸ Este último dispone: “Artículo 861. La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”.

materializará mediante la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

Los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes en estas contrataciones, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

12.1 La capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, serán objeto de verificación documental de cumplimiento por parte de las entidades estatales como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje. En estos casos no se exigirá Registro Único de Proponentes y la presentación de esta documentación será subsanable, en los términos establecidos en el Estatuto General de Contratación. (...). (Subrayas ajenas al texto).

Se aprecia, entonces, que la Ley 1508 no regula de manera especial la capacidad jurídica de los oferentes y contratistas en los procesos de selección y en los contratos correspondientes a los esquemas de asociación pública privada, sino que remite, para tales efectos, a las normas generales contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Dicha normatividad, en ausencia del párrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no permite hoy en día la presentación de ofertas bajo la figura de la “sociedad futura” o la “promesa de sociedad”, sino exclusivamente por parte de personas naturales o personas jurídicas (sean estas de objeto exclusivo o no), quienes pueden hacerlo individualmente o de manera conjunta, asociadas mediante consorcios o uniones temporales, tal como lo regulan los artículos 6 y 7 de la misma ley.

Este aserto se confirma con lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015, cuyo artículo 2.2.2.1.1.3 preceptúa:

“Artículo 2.2.2.1.1.3. Oferentes en proyectos de Asociación Público Privada. Pueden presentar propuestas para ejecutar proyectos de Asociación Público Privada con las entidades estatales competentes, las personas naturales y jurídicas.

Parágrafo. Las personas jurídicas podrán presentar propuestas respaldadas en compromisos de inversión irrevocables de Fondos de Capital Privado.

(...)

(Decreto 1467 de 2012, artículo 3)”. (Se destaca).

En este punto es pertinente recordar que la oferta (y no solo el contrato) es un acto jurídico, unipersonal en el caso de esta, porque proviene de una sola persona (el oferente o proponente) y genera obligaciones para ella (principalmente la obligación de no revocar ni modificar la oferta presentada durante su término de vigencia). Esto ocurre tanto en la contratación privada (artículo 846 del Código de Comercio) como

en la pública³⁹. Por tal razón, y salvo que la ley disponga expresamente lo contrario, solamente las personas (naturales o jurídicas) pueden presentar ofertas, y una vez que estas sean aceptadas en forma oportuna (adjudicación), el contrato proyectado se entiende celebrado con la persona proponente (en el caso de los contratos consensuales de derecho privado), o debe celebrarse con dicha persona (en el caso de los contratos estatales y también de los contratos solemnes y reales de derecho privado).

En el caso específico de la contratación estatal, no puede perderse de vista que las normas legales que la regulan establecen, como regla general, que el contrato adjudicado debe ser celebrado con la misma o las mismas personas naturales o jurídicas que fungieron como oferentes, esto es, con quien o quienes presentaron oportunamente la oferta o propuesta que haya resultado seleccionada. Solamente en virtud de una autorización expresa de la ley podría ocurrir lo contrario, es decir, que el contrato se celebre con una persona distinta del oferente (total o parcialmente).

Por esta razón no es válido que, sin la referida permisión legal, pueda presentarse en un proceso de selección una oferta en nombre de una “sociedad futura” o de una “promesa de sociedad”, pues lo que realmente ocurre en dicha hipótesis (tal como sucedía en los contratos de concesión de obra pública, al amparo del parágrafo 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993), es que la propuesta la presentan en conjunto dos o más personas naturales o jurídicas, mientras que el contrato estatal que se adjudique se suscribe con una persona jurídica (la recién creada sociedad) distinta de quienes actuaron como proponentes. A este respecto, es pertinente citar lo que dispone categóricamente el artículo 98 del Código de Comercio, en su segundo inciso: “*La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*”.

De todo lo anterior concluye la Sala que en los procesos de selección que se lleven a cabo para suscribir los contratos referidos en el parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, no existe norma legal ni principio jurídico alguno que permita la presentación de propuestas por parte de “sociedades futuras” o “promesas de sociedad”, esto es, por parte de personas naturales o jurídicas que prometan constituir una sociedad en el evento de que les sea adjudicado el contrato estatal proyectado.

4. ¿Es aplicable el parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 a los contratos mediante los cuales una empresa de servicios públicos contrata

³⁹ En relación con la naturaleza jurídica de las propuestas en la contratación pública y sus efectos, entre ellos la irrevocabilidad, puede consultarse el concepto N° 1732 de esta Sala, del 20 de abril de 2006.

a otra de la misma clase para que esta preste un servicio público domiciliario?

En una de las preguntas que se formulan en la consulta se interroga si el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 puede aplicarse cuando una empresa de servicios públicos (oficial, privada o mixta) contrate a otra de la misma clase para que preste uno o varios servicios públicos domiciliarios en un determinado municipio o región.

En la Resolución 151 de 2001, la CRA parece haber adoptado la posición de que esta clase de contratos resultan viables, y que a los mismos les sería aplicable lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142. En efecto, el artículo 1.3.4.10 de dicho acto administrativo establece:

“Artículo 1.3.4.10 Regla general aplicable a todos los contratos en los cuales las entidades territoriales o prestadoras de servicios públicos transfieren a terceros la prestación total o parcial de los servicios. En el caso de que en virtud de un contrato o convenio, cualquiera sea su naturaleza o denominación, se transfiera la posibilidad a una entidad oficial, mixta o privada de prestar uno o varios servicios o actividades complementarias de los mismos y por lo tanto, estén facultados para cobrar tarifas al público, en el mismo contrato deberán incluirse las formulas tarifarias correspondientes, además su composición por segmentos, su modificación e indexación, que deberán atenerse en un todo a lo establecido en el Parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142; también se incluirá en el contrato, la sujeción por parte de la persona que prestará el servicio a los programas, criterios, características, indicadores y modelos a los cuales debe someterse para la prestación del servicio. (...)” (Subrayas ajenas al texto).

Sin perjuicio de lo dispuesto por la comisión de regulación en la norma citada, para la Sala no resulta claro que una empresa de servicios públicos (oficial, mixta o privada) pueda encargar a otra, mediante la suscripción de un contrato, la prestación integral, total o completa de uno o varios servicios públicos domiciliarios en un determinado municipio o región del país, por las siguientes razones:

- (i) Al referirnos a los antecedentes de la Ley 142 de 1994, se indicó que el artículo 46 del proyecto que presentó el Gobierno Nacional autorizaba expresamente, entre otros casos, a las empresas oficiales de servicios públicos para celebrar contratos de concesión con empresas privadas de la misma clase, para que estas últimas recibieran, a título precario, el uso y goce de algunos de los bienes que las empresas oficiales tuvieran destinados a la prestación de un servicio público, con el fin de que las empresas privadas prestasen dicho servicio “*por su cuenta y riesgo, o por cuenta y riesgo de la empresa oficial*”. Asimismo, el artículo 49 del citado proyecto permitía expresamente a las empresas de servicios públicos “*delegar parcialmente la gestión*” en terceros (sin especificar si estos podían ser o no empresas de servicios públicos), para que estos se encargaran de “*la realización de actividades como la construcción o el mantenimiento de redes, la*

construcción de acometidas, la lectura de medidores, la facturación y cobranza, el control de pérdidas, la atención de peticiones y recursos o, en general, cualquier parte de las actividades necesarias para cumplir con su objeto social". (Resaltamos).

Ninguna de las dos disposiciones fue aprobada por el Congreso ni, en consecuencia, forman parte de la Ley 142. Este hecho permitiría inferir razonablemente que, dentro del trámite legislativo, el Congreso de la República no consideró conveniente que una empresa de servicios públicos, así fuera oficial, contratara con otra la realización de las actividades que forman parte de su objeto social. Resulta particularmente llamativo para la Sala que el artículo 49 del proyecto de ley, que permitía "*delegar parcialmente la gestión*" (se resalta) de una empresa de servicios públicos, no haya sido aprobado por el legislador. Siendo esto así, menos aun podría concluirse, a juicio de la Sala, que una empresa de servicios públicos pueda contratar con otra, en forma total o integral, la prestación de un servicio público domiciliario.

- (ii) En segundo lugar, la Sala considera que esta clase de contratos podría implicar una restricción a la competencia, especialmente en un campo en el que el propio legislador y la comisión de regulación respectiva reconocen la existencia de importantes limitaciones reales en la competencia.

Cuando se hizo referencia a los principios generales que ilustran y gobiernan toda la regulación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, se manifestó que un mandato, no meramente legal sino también constitucional, es el de proteger y promover la competencia, por los beneficios económicos y sociales que esta es susceptible de generar.

Lo anterior implica que si en un determinado municipio, zona o región del país existen dos o más empresas o prestadores de servicios públicos que tengan la capacidad (jurídica, técnica y económica) y el interés de prestar un determinado servicio público, deben competir entre ellos para ofrecer el servicio, de tal manera que los usuarios puedan elegir la empresa que les ofrezca las mejores condiciones técnicas, administrativas y comerciales, dentro del régimen tarifario que se encuentre permitido, como lo dispone expresamente el artículo 9º, numeral 2º de Ley 142, al señalar los derechos de los usuarios.

En esa medida, el hecho de que dos empresas capaces e interesadas en prestar un servicio público domiciliario en determinado territorio, en lugar de competir entre ellas, se vinculen jurídicamente entre sí, mediante un contrato por el cual una de ellas preste materialmente el servicio por cuenta de la otra, como contratista o subcontratista, implicaría, de hecho, una restricción a la competencia, pues privaría a los usuarios de contar con varias opciones, con sus respectivas ventajas y desventajas, para verse obligados a contar con una sola alternativa. Fácilmente se comprende que entre más pequeño y restringido sea

el mercado, más dañino sería el efecto que esta clase de contratos podría producir sobre la competencia y, en consecuencia, mayor sería el perjuicio que ocasionaría a los usuarios. Así, en aquellos municipios o regiones en donde solamente existan dos (2) empresas capaces e interesadas en prestar determinado servicio público, la unión de las dos mediante un contrato como el que se plantea, implicaría crear de hecho un monopolio.

Es por esta razón que el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 incluye, dentro de las conductas que se consideran como “*prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas*”, la siguiente:

“34.3. Los acuerdos con otras empresas para repartirse cuotas o clases de servicios, o para establecer tarifas, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia;
(...)”.

Como se observa, la ley proscribe y sanciona los acuerdos entre empresas de servicios públicos (que, en principio, son competidoras), que puedan tener la intención o simplemente el efecto de disminuir la oferta, repartirse el mercado, distribuirse servicios o cuotas, aumentar las tarifas o cualquier otra consecuencia similar que impida al mercado funcionar en la forma como debería hacerlo en condiciones normales de competencia.

Esto resulta aun más importante en el campo del agua potable y el saneamiento básico, ya que en tales sectores del mercado existen condiciones naturales, físicas, históricas y culturales que han limitado de hecho la competencia, limitación que ha sido reconocida por el propio legislador⁴⁰ y también por la comisión de regulación respectiva⁴¹.

En consecuencia, como las normas sobre contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios contenidas en la Ley 142 de 1994 deben interpretarse “*en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política*”, como expresamente lo dispone el artículo 30 de la citada ley, la Sala considera que el vacío que presenta la Ley 142 sobre la posibilidad de que una empresa de servicios públicos domiciliarios contrate con otra la prestación integral de un servicio público que forme parte del objeto social de la primera, no debería entenderse como una autorización o permisión tácita para la celebración de este tipo de negocios jurídicos.

⁴⁰ Así se aprecia en la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la Ley 142 de 1994, en donde se reconoció expresamente que las condiciones de competencia eran muy escasas en los servicios de acueducto y saneamiento básico. Estas condiciones no han variado radicalmente 22 años después.

⁴¹ Esta es la razón por la que la CRA adoptó como régimen tarifario para los servicios de agua y alcantarillado, el de libertad regulada, en lugar de los esquemas de libertad vigilada o libertad plena.

- (iii) Por otro lado, debe tenerse en cuenta que esta clase de contratos implicaría encargar en forma total o completa, a una empresa de servicios públicos domiciliarios, de una actividad o servicio que forma parte del objeto social de otra, que esta debería ejercer, en principio, de manera directa, dado su carácter de comerciante profesional y especializado.

En efecto, fuera de lo explicado en el numeral (i) anterior en cuanto a los antecedentes de la Ley 142 de 1994, debe recordarse que ella regula las empresas de servicios públicos como sociedades de carácter profesional y especializado, cuyo objeto consiste en *“la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa”*, tal como lo preceptúa el artículo 18 de la misma. Sobre este punto, la Sala manifestó lo siguiente, en el concepto N° 2101 de 2012⁴²:

*“... se tiene que conforme a la Ley 142 de 1994 (i) el objeto de las empresas de servicios públicos es la prestación de uno (objeto único) o varios (objeto múltiple) de los servicios definidos en esa ley o su (sic) actividades complementarias o unas y otras (art.18); (ii) tales empresas sólo están autorizadas para invertir en otras empresas de servicios públicos domiciliarios o que produzcan bienes o servicios necesarios para cumplir su objeto (ibídem); (iii) así mismo, sólo pueden asociarse con otras empresas en desarrollo de su objeto social de prestación de servicios públicos domiciliarios (ibídem); (iv) la libertad de empresa en el ámbito de lo (sic) servicios públicos domiciliarios se manifiesta en el derecho de cualquier persona a crear, operar e invertir en empresas cuyo objeto sea la prestación de tales servicios (art.10); (v) como consecuencia de lo anterior, además de los municipios y de las organizaciones sociales en el ámbito local, solo están autorizadas para prestar servicios públicos domiciliarios las empresas públicas o privadas creadas con ese objeto (art.15); y (vi) la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos es la de “sociedades por acciones **cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos**”.*

Así entonces, el espacio dejado por la ley 142 de 1994 a la autonomía de la voluntad y a la libertad de empresa en relación con el objeto social de las empresas de servicios públicos domiciliarios, está circunscrito a (i) crear y operar libremente empresas que tengan ese fin particular; (ii) escoger para tales empresas uno o varios servicios públicos y/o actividades complementarias, bien sea en el acto inicial de creación o en reformas estatutarias posteriores; (iii) asociarse o hacer inversiones en otras empresas de servicios públicos o que produzcan bienes o servicios necesarios para el cumplimiento de su objeto; y, (iv) desarrollar su objeto en cualquier lugar del país o en el exterior”. (Subrayas añadidas; negrillas en el original).

Dado lo anterior, si el objeto de las empresas de servicios públicos consiste en prestar uno o varios de los servicios públicos domiciliarios previstos en la Ley 142 de 1994 y/o una o varias de las “actividades complementarias” definidas en la

⁴² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2101 del 4 de junio de 2012.

misma ley, significa que tales empresas deben ser profesionales y especializadas en este campo, por lo que deben contar con la infraestructura, el personal idóneo y capacitado, los recursos financieros, físicos y tecnológicos, la experiencia y, en general, los medios necesarios para realizar directa y efectivamente dichas actividades. De ahí que si una empresa de servicios públicos no tiene los medios requeridos para prestar todos o algunos de los servicios que forman parte de su objeto social, debería adoptar alguna de las alternativas que la ley le permite en estos eventos, tales como transformarse, modificar su objeto, fusionarse, escindirse, capitalizarse, ser adquirida por otra compañía, asociarse (mediante consorcios, uniones temporales u otros “joint venture”) o, en últimas, disolverse y liquidarse; pero no puede limitarse a “cumplir” su objeto de manera puramente formal o virtual, o por interpuesta persona; es decir, presentándose en el papel como una empresa de servicios públicos, pero sin ejecutar o desarrollar materialmente las actividades que componen su objeto social.

- (iv) Asimismo, debe señalarse que aun cuando este tipo de contratos se pudiera celebrar válidamente, en ningún caso sería posible hacer uso del parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, pues esto implicaría que por un acuerdo de carácter privado entre dos empresas de servicios públicos (así las dos o una de ellas sea oficial o mixta), tales sociedades podrían sustraerse a la regulación general que en materia de tarifas haya dictado la CRA, normatividad que la Sala no duda en calificar como de orden público y de obligatorio cumplimiento por parte de todas las empresas de servicios públicos y demás prestadores, con las solas excepciones que establece la ley o que la misma comisión señale, en ejercicio de sus facultades legales.

Adicionalmente, un acuerdo entre dos o más empresas de servicios públicos (privadas, oficiales o mixtas) que incluya la fijación de tarifas, está expresamente prohibido por las normas generales que protegen y promueven la libre competencia económica⁴³ y, particularmente, por el artículo 34, numeral 3º de la Ley 142 de 1994, transcrito en el numeral (ii) anterior, independientemente de cuál sea el régimen tarifario que se aplique para el respectivo servicio.

- (v) Finalmente, cabe recordar que los dos (2) casos que ha identificado la Sala y en los que podría tener aplicación el parágrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 en el sector de agua y saneamiento básico, corresponden a contratos que deben ser suscritos, en calidad de contratante, por una entidad pública territorial o, excepcionalmente, por la Nación o por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pero en ningún evento por una empresa de servicios públicos (así sea oficial o mixta). En efecto, los contratos regulados por el artículo 40 de la citada ley (áreas de servicio exclusivo), deben ser celebrados por una entidad territorial (municipio, departamento, distrito etc.), mientras que aquellos a los cuales se refiere el artículo 61 ibídem (por disolución y liquidación

⁴³ Tales como las Leyes 155 de 1959 y 1340 de 2009, y el Decreto 2153 de 1992.

de una empresa), deben ser suscritos por un municipio, por un departamento, por la Nación o por la Superintendencia de Servicios Públicos.

De todo lo anterior concluye la Sala que el régimen jurídico que gobierna la prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia no permite que dos empresas de servicios públicos puedan acordar entre ellas las tarifas que la contratista o ejecutora pueda cobrar efectivamente a los usuarios. En consecuencia, aun suponiendo que jurídicamente sea posible que una empresa de este tipo encargue contractualmente a otra, en forma integral o completa, la prestación de un servicio público domiciliario, resultaría imposible aplicar en estos casos lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

5. El régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios en general, y de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, en particular

Para empezar, es necesario recordar que uno de los aspectos a los que el constituyente de 1991 dio mayor importancia en el tema de los servicios públicos domiciliarios, fue el de las tarifas, como lo refleja el hecho de que el artículo 367 de la Carta Política ordena al legislador expedir *“el régimen tarifario [de estos servicios] que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”*, y que el artículo 368 ibídem dispone que *“la Nación, los departamentos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”*.

La Ley 142 de 1994 desarrolló estos mandatos constitucionales y reguló minuciosamente el tema de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, especialmente en el título VI, que se denomina precisamente *“el régimen tarifario de las empresas de servicios públicos”*, aunque no está de más recordar que esta normatividad no se aplica exclusivamente a las empresas de servicios públicos, sino a todos los prestadores en general.

El artículo 86 de la Ley 142 describe las características generales del régimen tarifario consagrado en dicha ley, de la siguiente forma:

“Artículo 86. El régimen tarifario. El régimen tarifario en los servicios públicos a los que esta Ley se refiere, está compuesto por reglas relativas a:

86.1. El régimen de regulación o de libertad.

86.2. El sistema de subsidios, que se otorgarán para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas;

86.3. Las reglas relativas a las prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia, y que implican abuso de posición dominante;

86.4. Las reglas relativas a procedimientos, metodologías, fórmulas, estructuras, estratos, facturación, opciones, valores y, en general, todos los aspectos que determinan el cobro de las tarifas”.

Las tarifas de los servicios públicos son el precio que los usuarios pagan por recibirlos e, incluso, por la simple disponibilidad que las empresas y los demás prestadores tengan para suministrarlos. En cuanto a la forma de calcular y cobrar las tarifas, la Ley 142 estableció tres regímenes principales: régimen de libertad regulada, régimen de libertad vigilada y régimen de libertad (simple), que las autoridades de regulación están facultadas para fijar y modificar de forma concreta, en atención a diferentes factores tales como el nivel de competencia en cada región y sector del mercado, las condiciones socioeconómicas de los usuarios, la necesidad de ampliar la cobertura etc. Los dos primeros regímenes mencionados están definidos así, en los numerales 10 y 11 del artículo 14 ibídem:

“14.10. Libertad regulada. Régimen de tarifas mediante el cual la comisión de regulación respectiva fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor.

14.11. Libertad vigilada. Régimen de tarifas mediante el cual las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar libremente las tarifas de venta a medianos y pequeños consumidores, con la obligación de informar por escrito a las comisiones de regulación, sobre las decisiones tomadas sobre esta materia”.

En complemento de lo anterior, el artículo 88 ibídem dispone:

“Artículo 88. Regulación y libertad de tarifas. Al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo a las siguientes reglas:

88.1. Las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales que se enumeran adelante. De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.

88.2. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

88.3. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores. Corresponde a las comisiones de regulación, periódicamente, determinar cuándo se dan estas condiciones, con base en los criterios y definiciones de esta Ley". (Subrayas ajenas al texto).

Como se deduce, la ley estableció que la regla general en materia tarifaria es la de la libertad regulada, en tanto las empresas de servicios públicos y los demás prestadores "*deben ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas*", salvo en los casos o situaciones excepcionales que señalen las comisiones de regulación, con base en los criterios fijados por la ley. Bajo el régimen de libertad regulada, las comisiones de regulación no solamente deben establecer las fórmulas que los prestadores de servicios públicos están obligados a utilizar para liquidar y cobrar las tarifas a sus usuarios, sino que también pueden señalar la metodología que debe emplearse para aplicar dichas fórmulas, así como fijar topes tarifarios mínimos y máximos de obligatorio cumplimiento.

Asimismo, el artículo 87 de la Ley 142 establece los criterios generales que deben tenerse en cuenta para determinar y cobrar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, independientemente de que se aplique el régimen de libertad regulada, de libertad vigilada o de libertad simple. Tales criterios, que aparecen definidos en dicha norma, son los de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad, integralidad y transparencia.

Por otra parte, el artículo 90 *ibídem* señala los elementos que pueden incluirse en las fórmulas tarifarias (cargo fijo, unidad por consumo y aportes por conexión); el 91 dispone que deben tenerse en cuenta para estos efectos las diferentes etapas del servicio (sin mencionarlas); el artículo 92 fija algunas restricciones para la aplicación del criterio de recuperación de costos y gastos de operación; el 93 se refiere a los costos de las compras al por mayor para empresas distribuidoras que tengan posición dominante; el artículo 94 establece la prohibición de recuperar pérdidas por la vía de las tarifas; los artículos 95 y 96 facultan a las empresas para exigir aportes de conexión y efectuar otros cobros tarifarios; el 97 estatuye que las empresas deben conceder plazos para el pago de los cargos por conexión, con el fin de facilitar la masificación de los servicios; el artículo 98 señala algunas prácticas tarifarias que se consideran restrictivas de la competencia; el 99 regula la forma de aplicar y cobrar los subsidios a los estratos socioeconómicos 1, 2 y 3; el artículo 100 norma sobre las fuentes financieras y la forma de presupuestar los subsidios; el 124 consagra el procedimiento administrativo especial que debe seguirse para determinar las fórmulas tarifarias; el artículo 125 se refiere a la actualización de las tarifas, y el 126 determina la vigencia de dichas fórmulas.

Estas y otras normas de la Ley 142 de 1994 conforman el régimen tarifario especial de los servicios públicos domiciliarios al que se refiere la Constitución Política, y dentro de este se inscribe el párrafo primero del artículo 87 de dicha ley, sobre el cual recae específicamente la consulta. En tal sentido y dentro de este contexto, la

pregunta principal que debe resolverse en este aparte del concepto es si dicho párrafo, al disponer que: (i) en las “invitaciones públicas” a las cuales se refiere, la tarifa pueda ser un elemento que se incluya como base para adjudicar los respectivos contratos; (ii) las fórmulas tarifarias que se propongan deben respetar, en todo caso, lo dispuesto en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96 de la Ley 142 de 1994, y (iii) “tanto estas como aquellas”, es decir, tanto las tarifas como las fórmulas deban ser parte integral del contrato que se celebre, ¿consagra una excepción a los regímenes tarifarios previamente descritos, especialmente al de libertad regulada, o simplemente señala y regula una modalidad contractual que, en lo atinente a las tarifas, estaría sometida, por completo, al régimen general que sea aplicable para el respectivo servicio público?

Para la Sala, la respuesta a esta cuestión es que la norma analizada establece efectivamente una excepción al régimen tarifario general, por las razones que se exponen a continuación:

(i) En primer lugar, tal conclusión surge del análisis sistemático de la norma citada, frente a otras disposiciones de la misma ley.

En efecto, una primera observación que debe hacerse es que dentro del listado de las normas que deben respetar las tarifas y las fórmulas que se pacten en esta clase de contratos, según lo ordenado por el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142, se dejó de lado el artículo 88 ejusdem, el cual, como atrás se explicó, es el que dispone la forma como se aplican los tres regímenes tarifarios que el citado estatuto establece de manera principal (libertad regulada, libertad vigilada y libertad simple). Esta omisión no parece responder a un olvido involuntario, ya que la misma estaba presente en el texto del proyecto de ley que fue aprobado en tercer debate por la Comisión VI de la Cámara de Representantes, y el artículo mencionado (el 88) es el único de este bloque de disposiciones que el párrafo del artículo 87 se abstuvo de citar, lo cual permite inferir que se trató de una decisión deliberada.

Esta inferencia resulta confirmada con lo dispuesto por el párrafo segundo del mismo artículo 87, y el párrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994.

La primera de las normas citadas estatuye, en lo pertinente, que “para circunstancias o regímenes distintos a los establecidos en el párrafo anterior, podrán existir metodologías tarifarias definidas por las comisiones respectivas” (subrayamos). Recuérdese que el “párrafo anterior” al que alude la norma citada es justamente el párrafo primero (del artículo 87).

Adicionalmente puede traerse a colación lo dispuesto en el tercer inciso del párrafo del artículo 39 (contratos) de la misma ley, en cuanto prescribe que “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” (se resalta).

Este precepto solo tendría sentido en la medida en que la fórmula tarifaria que deba indicar el proponente y que, de ser aceptada por la entidad contratante, se incluya en el respectivo contrato, sea distinta de aquella que haya sido fijada o fije de manera general la comisión de regulación competente para el respectivo servicio público, pues, de lo contrario, la disposición citada carecería por completo de efecto práctico, ya que si las propuestas y los contratos referidos se limitaran a remitirse a la fórmula que fije la comisión de regulación competente de manera periódica, no harían otra cosa que someterse a una norma que en todo caso sería aplicable (sea que se mencione en el contrato o no).

Algo similar puede afirmarse del párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142, el cual, en armonía con la disposición previamente citada, también establece la posibilidad de señalar en las ofertas las tarifas y fórmulas tarifarias, e incorporarlas en los respectivos contratos, en caso de adjudicación

A este respecto, debe recordarse que uno de los criterios de interpretación de la ley es el del “efecto útil”, conforme al cual, el sentido en que una norma jurídica produzca algún efecto práctico, debe preferirse a aquel en que la misma norma no produzca efecto útil alguno.

(ii) La interpretación histórica de la Ley 142 de 1994, que se ha hecho en este concepto, sirve para reforzar la conclusión anterior. En efecto, conviene recordar que el inciso final del artículo 51 del proyecto de ley que fue presentado por el Gobierno Nacional al Senado de la República y que se convirtió en la citada ley, establecía: *“Cuando cualquiera de los contratos a los que se refiere este capítulo permita al contratista cobrar tarifas al público, y éstas estén sujetas a regulación, el proponente deberá incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría”*. Como se aprecia, la norma propuesta era sustancialmente igual a la que quedó aprobada finalmente en el párrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994 (antes citado). Sin embargo, dicha disposición se hallaba en concordancia con el numeral 2° del artículo 84 del proyecto de ley (“regulación y libertad de tarifas”), que señalaba:

“84.2 Las empresas fijarán las tarifas, dentro de las fórmulas pactadas, cuando hayan celebrado los contratos a los que se refiere el inciso final del artículo 51 de esta ley y en el trámite haya participado al menos otro proponente, en condiciones de competencia. Las Comisiones verificarán si se dieron esas condiciones y si concluyen que no hubo condiciones de competencia adecuadas, podrán fijar las fórmulas del caso” (se resalta).

Esta última disposición del proyecto no fue aprobada ni quedó incorporada finalmente en la Ley 142. Sin embargo, su importancia radica, a juicio de la Sala, en que parece constituir el germen o antecedente remoto del párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, en tanto permitía que en ciertos tipos de contratos celebrados entre entidades públicas y empresas de servicios públicos, se acordaran

las fórmulas tarifarias con base en las cuales el contratista calcularía y cobraría las tarifas, y otorgaba a las comisiones de regulación la potestad de fijar directamente las fórmulas, si observaban que el proceso de contratación se había llevado a cabo sin existir condiciones reales de competencia.

Todo lo anterior permite a la Sala concluir que la interpretación más razonable y armónica que puede hacerse del párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142, en este punto, es que dicha norma faculta efectivamente a las partes en los contratos a los cuales se refiere, para pactar las fórmulas tarifarias y las respectivas tarifas, separándose de las fórmulas establecidas con carácter general por la respectiva comisión de regulación, siempre que se cumplan los requisitos que la misma disposición consagra en forma explícita y las demás condiciones implícitas que se mencionarán más adelante.

Así lo han entendido también la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA). En efecto, la Superintendencia manifestó lo siguiente, en concepto reciente emitido por su Oficina Asesora Jurídica y dirigido al Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo⁴⁴:

“No obstante lo anterior, el párrafo del artículo 87, además de haber introducido la posibilidad de un contrato de operación, financiación y administración del servicio, parece también haber establecido por vía de ley un régimen tarifario de libertad de fijación de tarifas por parte del contratista hacia su contratante prestador del servicio, cuando ellas devienen de dicho contrato, al que se llega por invitación pública en la cual la tarifa es un criterio para la adjudicación del mismo.

Dicha conclusión se confirma al verificar que la segunda premisa del párrafo 1º del artículo 87 ubica precisamente las tarifas allí adoptadas en un régimen especial, que excluye de forma expresa la aplicación del artículo 88 de la Ley 142 de 1994”. (Se destaca).

La Comisión de Regulación de Agua Potable parte de una interpretación similar en varias regulaciones generales expedidas por dicha entidad, como las Resoluciones 151 de 2001, 688 de 2014 y 735 de 2015, que contienen, estas dos últimas, el marco tarifario actualmente vigente para los grandes prestadores de los servicios de acueducto y alcantarillado, entre otras normas. Así, por ejemplo, el artículo 1.3.4.10 de la Resolución CRA 151 de 2001 dispone:

“Artículo 1.3.4.10 Regla general aplicable a todos los contratos en los cuales las entidades territoriales o prestadoras de servicios públicos transfieren a terceros la prestación total o parcial de los servicios. En el caso de que en virtud de un contrato o convenio, cualquiera sea su naturaleza o denominación, se transfiera la posibilidad

⁴⁴ Memorando CJ-F-002 V.1, en respuesta al memorando N° 2014000003783 del 16 de enero de 2015.

a una entidad oficial, mixta o privada de prestar uno o varios servicios o actividades complementarias de los mismos y por lo tanto, estén facultados para cobrar tarifas al público, en el mismo contrato deberán incluirse las formulas tarifarias correspondientes, además su composición por segmentos, su modificación e indexación, que deberán atenerse en un todo a lo establecido en el parágrafo 1 del Artículo 87 de la Ley 142; también se incluirá en el contrato, la sujeción por parte de la persona que prestará el servicio a los programas, criterios, características, indicadores y modelos a los cuales debe someterse para la prestación del servicio. (...). (Subrayas ajenas al texto).

Y el artículo 1º de la Resolución CRA 688 de 2014, modificada por la Resolución CRA 735 de 2015, estatuye:

“Artículo 1º. Ámbito de Aplicación. Esta resolución aplica a todas las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado que a 31 de diciembre de 2013 cumplan alguna de las siguientes condiciones en las Áreas de Prestación del Servicio – APS que atienden: contar con más de 5.000 suscriptores en el área urbana de un municipio; con más de 5.000 suscriptores en el área urbana de más de un municipio mediante un mismo sistema interconectado; o con más de 5.000 suscriptores en el área urbana y rural de uno o más municipios mediante un mismo sistema interconectado, en los cuales más del 50% de sus suscriptores sean urbanos.

Lo anterior, salvo las excepciones contenidas en la ley, particularmente las señaladas en el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994. En todo caso, cuando en los contratos suscritos por las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado para la prestación de estos servicios, se pacte la sujeción del mismo a la metodología tarifaria que expida la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA, se aplicará la resolución vigente, siempre y cuando las partes del mismo sean prestadores que atiendan un número de suscriptores con las condiciones antes mencionadas. (...). (Resalta la Sala).

Igualmente, según lo conceptuado por la misma comisión en el oficio N° 20162110030561 del 13 de junio de 2016, dirigido a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el parágrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 ofrece tres posibilidades en lo que atañe a la estipulación de las tarifas que se pueden cobrar a los usuarios:

- “1) Las propias que se pacten dentro del contrato por parte de las partes, mientras se cumpla con la limitación prevista en la Resolución CRA 151 de 2001 referida a que la tarifa que se cobre al usuario final no debe ser superior a la que hubiera cobrado un prestador de servicios públicos sometidos a la aplicación de la regulación genérica de la CRA.*
- 2) Que la tarifa estará sometida a la regulación tarifaria vigente al momento de la celebración del contrato, durante toda la vigencia del mismo, con independencia de que en dicho lapso haya cambio de metodología.*

- 3) *Que las tarifas que fueron incluidas como parte del contrato celebrado, estarán sometidas a la metodología tarifaria expedida por la CRA y, en consecuencia, cada vez que haya una nueva metodología, las tarifas se adaptarán a esa última expedida”.*

A este respecto, es pertinente aclarar que de las tres modalidades descritas por la CRA, solamente las dos primeras corresponderían a lo que se conoce en el mercado como “tarifa contractual”, pues la tercera opción se traduce simplemente en acogerse a la metodología y la fórmula tarifarias que estén vigentes en todo momento, lo cual obedece a la regla general dentro del sistema de libertad regulada que rige para los servicios de agua potable y saneamiento básico y que no requiere, para su aplicación, estipulación contractual alguna.

Ahora bien, es necesario resaltar que el párrafo 1º del artículo 87 establece que en los contratos a los cuales se refiere, “*la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base*” (se resalta) para otorgarlos, lo cual denota claramente que el uso de tal elemento como base para la adjudicación de dichos contratos es potestativo o facultativo, y no obligatorio. En tal virtud, bien podrían las entidades públicas abstenerse de considerar las tarifas y las fórmulas tarifarias como elemento de adjudicación de esta clase de contratos, caso en el cual el contratista tendría que aplicar íntegramente el régimen tarifario que se encuentre vigente para el servicio público de que se trate, el cual, como se ha explicado, corresponde actualmente al de libertad regulada para los servicios de acueducto, aseo y alcantarillado. En tal evento, no sería necesario, siquiera, hacer referencia alguna a este punto en los pliegos de condiciones o en el contrato, pues todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios están obligados legalmente a acatar y aplicar las normas que sobre tarifas se encuentran previstas en la ley y en las resoluciones y demás actos administrativos expedidos por las comisiones de regulación.

Por otra parte, cuando se considere conveniente utilizar la facultad que otorga la norma citada, en el sentido de fijar las tarifas y sus respectivas fórmulas como base para la adjudicación de este tipo de contratos, la Sala considera que en virtud de los principios de planeación y transparencia, que informan, junto con otros, toda la actividad contractual de las entidades estatales, es necesario que la entidad contratante justifique en forma clara, adecuada y objetiva, tanto desde el punto de vista técnico como económico, la conveniencia de utilizar dicho elemento para alcanzar los fines que se pretenda lograr con el contrato respectivo. Vale la pena recordar que, según la interpretación que la Sala ha hecho del párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142, en cuanto a los contratos a los cuales se refiere, dicha norma sería aplicable en dos tipos de contratos: (i) aquellos que celebren las entidades territoriales para adjudicar la prestación de un servicio público en un área de servicio exclusivo (artículo 40 ibídem), y (ii) los que celebren los municipios, los departamentos, la Nación o la Superintendencia de Servicios Públicos para sustituir a una empresa de servicios públicos que haya entrado en causal de disolución y deba ser liquidada (artículo 61 de la misma ley).

En consecuencia, la decisión de incluir las tarifas como un elemento para la adjudicación de tales contratos, y la incorporación en estos de las respectivas fórmulas tarifarias, es una decisión que debe corresponder a los fines perseguidos con esta clase de actos, a saber: (i) *“por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental (sic)... se pueda extender a las personas de menores ingresos”*, en el caso de los contratos previstos en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, o (ii) para *“asegurar la continuidad en la prestación del servicio”*, en el caso de los contratos regulados en el artículo 61 ejusdem.

Se infiere de lo anterior que si la determinación de la tarifa como elemento para la adjudicación de esta clase de contratos, y la estipulación de una fórmula tarifaria especial (distinta de la señalada de manera general por la comisión de regulación) en los contratos, no inciden clara y positivamente en el logro de los objetivos señalados, según corresponda, tales elementos no deberían utilizarse en el proceso de selección ni en el contrato. Menos aun podría hacerse uso de dichas previsiones si las mismas llevaran a obtener resultados opuestos o contraproducentes a los fines que deben buscarse con estos contratos, según la ley, así como a las necesidades específicas y concretas que se busque satisfacer con cada contrato en particular. Así, por ejemplo, no podría acudir a estos mecanismos en un proceso de contratación que pretenda la adjudicación de una concesión para un área de servicio exclusivo, si el resultado de su utilización consistiera en que las tarifas que el contratista pudiera cobrar a los estratos socioeconómicos más bajos de la población, fueran superiores a aquellas que un prestador de servicios públicos domiciliarios pudiera cobrar a los mismos sectores en condiciones normales, aplicando la metodología y las fórmulas dispuestas de manera general por la comisión de regulación respectiva. Tampoco debería emplearse este esquema si las tarifas no permitieran ni estimularan al contratista para efectuar las inversiones en infraestructura que se requieran para ampliar la cobertura del servicio, pues en ambos casos las fórmulas tarifarias que se ofrecieran y estipularan en el contrato resultarían contrarias al objetivo perseguido con la celebración de este tipo de negocios jurídicos.

Por ende, cuando se considere viable y conveniente acudir a esta clase de mecanismos tarifarios, porque se determine, por ejemplo, que exista la posibilidad de obtener una reducción en las tarifas del servicio público para los estratos socioeconómicos más vulnerables, o de lograr una fórmula que estimule al contratista para hacer las inversiones requeridas para ampliar la cobertura (en el caso del artículo 40 de la Ley 142), o de obtener una mejora general en las condiciones de las tarifas, sin detrimento de la cobertura y la calidad en la prestación del servicio (en el caso del artículo 61), los pliegos de condiciones respectivos, además de exigir el cumplimiento de los requisitos señalados expresamente por el parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, es decir, los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96 de la misma ley en relación

con las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación y su indexación, deben señalar los parámetros o criterios que sean necesarios para que las fórmulas que los oferentes propongan se enmarquen dentro de los objetivos buscados con el contrato a celebrar, de tal manera que las propuestas que no se ajusten a dichos criterios puedan ser consideradas inelegibles.

Debe mencionarse, además, que de acuerdo con lo dispuesto por la CRA en la Resolución 151 de 2001 (artículo 1.3.4.11 antes citado), en este tipo de procesos de selección y contratos, la tarifa que se ofrezca y estipule “no debe ser superior a la que hubiera cobrado un prestador de servicios públicos sometidos a la aplicación de la regulación genérica de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico”. Se trata, por ende, de una norma vigente y de obligatorio cumplimiento que debe ser observada por las entidades públicas y todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios en Colombia.

Finalmente, merece la pena recordar que de acuerdo con el texto y los antecedentes de la Ley 142 de 1994, las excepciones al régimen de libertad regulada solamente se justifican en la medida en que existan condiciones de competencia adecuadas, que impidan los abusos de posición dominante en contra de los usuarios.

D. Facultades de las comisiones de regulación en relación con estos contratos y sus efectos en la ejecución de los mismos

El párrafo primero del artículo 87 multicitado dispone, en su parte pertinente:

“Tanto estas como aquellas (las tarifas y las fórmulas) deberán ser parte integral del contrato y la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema. Intervendrá asimismo, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de esta Ley. Con todo las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta Ley así lo disponga”. (Se destaca).

Esta parte de la norma establece dos grandes hipótesis en las cuales la comisión de regulación competente puede intervenir en estos contratos, para revisar y, eventualmente, modificar las fórmulas o las tarifas estipuladas, a saber: (i) cuando se presenten abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema o violación a las prohibiciones previstas en el artículo 98 de la Ley 142 de 1994, y (ii) cada cinco (5) años y cuando la citada ley lo disponga. A continuación la Sala hará una breve referencia a cada una de estas hipótesis y a los efectos jurídicos que la intervención de la comisión de regulación competente podría tener en los contratos en donde se hayan pactado las fórmulas y tarifas a que alude el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142:

(i) La primera hipótesis se refiere claramente a conductas ilegales o antijurídicas en las que podría incurrir el contratista, bien sea solo o en conjunto con la entidad pública contratante. En efecto, es menester precisar que:

- El abuso de posición dominante es un comportamiento empresarial que la Constitución Política y la ley proscriben, por cuanto atenta contra el derecho colectivo e individual a la libre competencia económica. En sentido estricto, esta infracción exige que un empresario tenga “posición dominante” en un mercado o en un nicho relevante y diferenciado del mismo, es decir, que por su participación en dicho mercado o segmento (sea como productor, distribuidor o consumidor), o por otras razones económicas o técnicas, pueda determinar por sí solo el comportamiento del mercado, afectando, por ejemplo, el precio o la calidad del bien o servicio respectivo. Sin embargo, también se hace mención, sin la misma propiedad técnica, a la “posición dominante contractual”, expresión que la ley recoge ocasionalmente para referirse a la posición de dominio que una de las partes en un contrato puede tener frente a la otra, debido a su mayor fortaleza económica, institucional o tecnológica, entre otras, que le permite imponer las condiciones y las cláusulas del contrato a la parte contraria. Justamente a estas dos acepciones de la expresión “abuso de posición dominante” se refiere la Ley 142 de 1994, en su artículo 14, numeral 13, cuando define este fenómeno así:

“14.13. POSICIÓN DOMINANTE. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado”.

La Ley 142 prohíbe expresamente y sanciona el abuso de posición dominante (en sus dos sentidos) en que puedan incurrir los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Es por esta razón que el artículo 34 (“prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas”), dispone que *“las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia”*, y el mismo precepto incluye, entre tales conductas, *“el abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de esta Ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos”*. El artículo 133, por su parte, describe veintiséis (26) comportamientos en los que se presume que hay “abuso de posición dominante” por parte de los prestadores de servicios públicos, los cuales nos abstenemos de transcribir por razones de espacio, pero que se refieren principalmente al abuso de posición dominante contractual, esto es, al abuso que las empresas y los demás prestadores pueden cometer contra los usuarios y suscriptores (reales o presuntos) de los contratos de prestación de servicios públicos en condiciones uniformes.

Este tipo de abuso de posición dominante engloba, en consecuencia, lo que el párrafo 1º del artículo 87 denomina “*abuso con los usuarios del sistema*”, como si se tratara de una infracción diferente y autónoma.

Ahora bien, debe recordarse que tanto en el campo de los servicios públicos como en el de las demás actividades económicas, el Estado, por mandato de la ley, “*impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional*” (artículo 333 de la Constitución Política). Esta función, en el caso de los servicios públicos domiciliarios, se asignó especialmente a las comisiones de regulación, como delegatarias de la potestad presidencial de intervención en este sector de la economía (artículo 68 de la Ley 142 de 1994). Así, el artículo 73 de la citada ley dispone que las comisiones tienen la función general de “*regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos... promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad*” (subraya ajena al texto). En el campo específico de los servicios a los cuales se refiere la consulta (agua y saneamiento básico), el numeral 2º del artículo 74 ibídem dispone que una de las funciones de la CRA consiste en “*promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad*” (literal a) (resaltamos).

- En cuanto atañe a la violación del principio de neutralidad, este se encuentra definido en el numeral 2º del artículo 87 de la Ley 142 así: “*Por neutralidad se entiende que cada consumidor tendrá el derecho a tener el mismo tratamiento tarifario que cualquier otro si las características de los costos que ocasiona a las empresas de servicios públicos son iguales. El ejercicio de este derecho no debe impedir que las empresas de servicios públicos ofrezcan opciones tarifarias y que el consumidor escoja la que convenga a sus necesidades*”. Así, la violación al principio de neutralidad implica que los prestadores de servicios públicos adopten tarifas discriminatorias en perjuicio de algunos usuarios o en beneficio de otros, sin que la diferencia en las tarifas se justifique por razones objetivas y constitucionalmente relevantes, como los costos involucrados en la prestación del servicio, las condiciones socioeconómicas de los sectores poblacionales que se pretende atender etc.

- La última conducta anticompetitiva que, conforme al párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142, justificaría la intervención de las comisiones de regulación en los

contratos a los cuales se refiere dicha norma, es el hecho de incurrir en las prohibiciones previstas en el artículo 98 ejusdem, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 98. Prácticas tarifarias restrictivas de la competencia. Se prohíbe a quienes presten los servicios públicos:

98.1. Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación.

98.2. Ofrecer tarifas inferiores a sus costos operacionales promedio con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales.

98.3. Discriminar contra unos clientes que poseen las mismas características comerciales de otros, dando a los primeros tarifas más altas que a los segundos, y aún si la discriminación tiene lugar dentro de un mercado competitivo o cuyas tarifas no estén reguladas.

La violación de estas prohibiciones, o de cualquiera de las normas de esta Ley relativas a las funciones de las comisiones, puede dar lugar a que éstas sometan a regulación las tarifas de quienes no estuvieren sujetas a ella, y revoquen de inmediato las fórmulas de tarifas aplicables a quienes prestan los servicios públicos”. (Se destaca).

Nótese, entonces, que en todos los casos descritos se trata de infracciones o conductas ilegales o antijurídicas, que desconocen principalmente el régimen de libre competencia en los servicios públicos domiciliarios, y frente a los cuales la ley le asigna claramente facultades de intervención a las comisiones de regulación (como delegatarias del Presidente de la República), incluso en situaciones distintas de aquellas previstas expresamente en el parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994. En estos comportamientos podría incurrir exclusivamente el contratista, o eventualmente el contratista y la entidad pública contratante, en conjunto, pues tales conductas pueden estar relacionadas simplemente con el cálculo y cobro de las tarifas que haga el prestador de los servicios públicos domiciliarios a sus usuarios, al dejar de aplicar o aplicar incorrectamente la fórmula propuesta y estipulada en el contrato, o también con el hecho de que la fórmula misma que haya sido ofrecida por el proponente y aceptada por la entidad contratante, dentro del marco señalado en el pliego de condiciones, vulnere alguno de los principios, criterios y normas que debe respetar, según el parágrafo primero del artículo 87 citado, y genere o propicie cualquiera de las infracciones señaladas.

En esa medida, la intervención de la comisión de regulación competente para revisar y modificar las tarifas o las fórmulas tarifarias estipuladas en dichos contratos, resulta en esta hipótesis válida y legítima, como un mecanismo de

intervención correctiva que busca evitar que un comportamiento ilícito y anticompetitivo se siga presentando. Por tal razón, el efecto que esta situación pueda producir en la ejecución del contrato, especialmente para el contratista, no debe verse, a juicio de la Sala, como un problema de rompimiento del equilibrio económico del contrato en perjuicio del contratista, que exija un restablecimiento a su favor, sino principalmente como un asunto de responsabilidad patrimonial que debe ser asumido por quien lo haya causado.

En efecto, si la intervención de la comisión de regulación obedece a que las tarifas que el contratista cobre a los usuarios del respectivo servicio público, desconocen total o parcialmente, o aplican indebidamente la fórmula tarifaria estipulada en el contrato, dicho contratista estaría cometiendo un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, además de la infracción en la que estaría incurso por la violación a determinadas normas y principios legales. Por tal razón, podría incurrir en una responsabilidad patrimonial frente a la entidad pública contratante, sin perjuicio de que esta pueda declarar la caducidad del contrato y/o aplicarle las multas y las demás sanciones que se hayan pactado en el contrato, o que prevea la ley. En esa medida, por lo tanto, dicho prestador de servicios públicos debe acatar la decisión que adopte la comisión de regulación, una vez que esta se encuentre en firme y, desde luego, después de haber tenido la oportunidad de hacer uso de los recursos y medios de defensa que la ley le otorga dentro del procedimiento administrativo que lleve a cabo la comisión. Por la misma razón, no podría pretender trasladar a la entidad pública contratante los sobrecostos, las pérdidas o los perjuicios económicos que pudiera acarrearle esta decisión, pues tales daños habrían sido ocasionados, en últimas, por él mismo.

Más complejo y difícil resultaría el caso de que los reparos de la comisión de regulación recayeran directamente sobre la fórmula tarifaria que haya sido propuesta por el oferente, que la entidad pública haya aceptado y que se haya incorporado en el respectivo contrato, pues en dicho evento podría haber una responsabilidad compartida entre el contratista y la entidad pública contratante, dependiendo del grado de participación que cada uno de ellos haya tenido en la determinación de la fórmula acordada (desde la elaboración de los estudios previos y la fijación de los parámetros o criterios por parte de la entidad estatal, en los pliegos de condiciones, hasta la negociación y redacción misma de las cláusulas del contrato, pasando por la propuesta). En esa medida, bien podría ocurrir que ante la modificación de la fórmula tarifaria acordada por parte de la comisión de regulación, las partes decidieran seguir adelante con la ejecución del contrato con la nueva fórmula señalada, sin hacer ningún ajuste adicional en el contrato y sin presentarse reclamación alguna, o, por el contrario, que acordaran terminar anticipadamente el contrato de mutuo acuerdo, o que la entidad pública contratante lo terminara unilateralmente, o que el contratista hiciera lo propio, si en el contrato se le otorgó dicha facultad, o que las partes acordaran modificar el contrato en aspectos que no se refieran a la tarifa (el plazo, la cobertura geográfica etc.).

En todo caso, resalta la Sala que cualquiera que fuera el remedio acordado por las dos partes, o el escogido por el contratante o el contratista, según el caso, la decisión que la comisión de regulación competente adopte de modificar la fórmula tarifaria acordada en el contrato, resultaría obligatoria para las dos partes, una vez quede en firme el acto administrativo respectivo, motivo por el cual, a partir de ese momento, no sería posible de ninguna forma seguir utilizando la fórmula que había sido estipulada originalmente por las partes para liquidar y cobrar las tarifas a los usuarios del respectivo servicio público.

(ii) La segunda hipótesis prevista en el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, que puede dar lugar a la revisión y modificación de las tarifas y las fórmulas pactadas contractualmente, por parte de las comisiones de regulación, difiere sustancialmente de la primera, en tanto se trata, en este caso, de la facultad que la norma citada otorga a dichos organismos para revisar y eventualmente modificar tales estipulaciones cada cinco años “*y cuando esta Ley así lo disponga*”, sin que el precepto exija como condición la violación de alguna norma o principio por parte de las partes contratantes, o la comisión de alguna otra conducta antijurídica.

Lo primero que corresponde dilucidar en relación con esta parte de la norma es: ¿cuándo se cumple el período de cinco (5) años que tienen las comisiones de regulación para revisar y eventualmente modificar las condiciones de estos contratos en relación con las fórmulas tarifarias y las tarifas?. Esta duda surge principalmente por lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, de acuerdo con el cual, “*las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual*”. En esa medida, debe preguntarse si el período de cinco años al que se refiere el artículo 87, párrafo 1º de la Ley 142 ¿es el mismo lapso mencionado en el artículo 126 *ejusdem*?

Para la Sala, la respuesta a esta inquietud es negativa, por dos razones principales: (i) porque el artículo 126 citado se refiere a la facultad general de revisión y modificación de las fórmulas tarifarias que tienen las comisiones de regulación dentro del régimen de libertad regulada, es decir, cuando han fijado las fórmulas que deben respetar obligatoriamente y de manera general las empresas de servicios públicos y los demás prestadores que operen en un determinado sector, mientras que el párrafo 1º del artículo 87 atañe a las fórmulas que se hayan pactado en los contratos mencionados en esa norma y que escapan al régimen de libertad regulada, tal como se explicó, y (ii) porque si los dos períodos citados fueran uno solo y el mismo, esto implicaría que, por ejemplo, si uno de los contratos mencionados por el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 se suscribiera apenas unos meses antes de vencerse el plazo para la revisión general de las tarifas a que alude el artículo 126 *ibidem*, la comisión de regulación respectiva podría revisar y eventualmente modificar la fórmula tarifaria y las tarifas pactadas en dicho contrato, a pesar de haber transcurrido, apenas, unos cuantos meses desde su

celebración, atentando, de esta forma, contra la seguridad jurídica y la estabilidad que la ley quiso darle a dichos contratos.

Por estas razones la Sala concluye, en relación con este punto, que la facultad de revisión y modificación de las fórmulas y las tarifas estipuladas en los contratos celebrados al amparo del artículo 87, parágrafo primero de la Ley 142 de 1994, solo puede ser ejercida por la comisión de regulación competente a los cinco (5) años de celebrado el respectivo contrato, dejando de lado, claro está, la potestad que le otorga la misma norma para intervenir en cualquier momento en dichos contratos, cuando se presenten las conductas ilícitas y anticompetitivas que la misma norma describe y que fueron explicadas en precedencia.

La segunda inquietud que surge del texto legal citado y que conviene despejar preliminarmente es: ¿cuáles son esos otros casos previstos en la Ley 142 de 1994 en los que las comisiones de regulación podrían revisar y eventualmente modificar las tarifas contractuales pactadas, a los que alude el parágrafo primero del artículo 87, cuando utiliza la expresión “*y cuando esta Ley así lo disponga*”?

Al hacer una revisión de las normas que en materia tarifaria contiene la Ley 142, la Sala no encuentra *prima facie* otros casos que pudieran ser aplicables, pues aunque algunas disposiciones otorgan a las comisiones de regulación la potestad de revisar y modificar las fórmulas tarifarias que estén aplicando los prestadores de servicios públicos, tales normas, o bien resultan incompatibles con el supuesto de hecho consagrado en el parágrafo primero del artículo 87, es decir, la estipulación de las fórmulas y las tarifas en un contrato celebrado entre una entidad pública y un prestador, o corresponden a hipótesis que ya están contenidas en otras de las causales señaladas expresamente por dicho parágrafo.

Así, por ejemplo, el artículo 126 de la Ley 142 permite que durante el período de vigencia de las fórmulas tarifarias establecidas de manera general por las comisiones de regulación (5 años), un prestador (entre otras personas interesadas) pueda pedir excepcionalmente a la comisión de regulación competente la revisión y modificación de la fórmula vigente, “*cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas*”. Sin embargo, esta facultad se refiere a las fórmulas definidas en forma genérica por las comisiones de regulación y no a la pactada en forma particular en un contrato. Además, en este último caso, la modificación de la fórmula estipulada no podría ser solicitada por la empresa de servicios públicos a la comisión de regulación (salvo cuando la petición obedezca a que las tarifas lesionen injustamente los intereses o derechos de los usuarios), sino a la entidad pública contratante.

Asimismo, el inciso final del artículo 98, que tipifica algunas prácticas consideradas como restrictivas de la competencia, prescribe que *“la violación de estas prohibiciones, o de cualquiera de las normas de esta Ley relativas a las funciones de las comisiones, puede dar lugar a que éstas sometan a regulación las tarifas de quienes no estuvieren sujetas a ella, y revoquen de inmediato las fórmulas de tarifas aplicables a quienes prestan los servicios públicos”*. Sin embargo, la infracción de estas mismas prohibiciones está prevista expresamente por el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 como una de las causales que permiten la revisión y eventual modificación de las tarifas contractuales por parte de las comisiones de regulación, en cualquier momento.

En conclusión, la Sala no encuentra otros casos, distintos de los mencionados expresa y específicamente en el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142, en los que las comisiones de regulación pudiesen intervenir para revisar y, eventualmente, modificar estas tarifas.

Ahora bien, la tercera inquietud que surge de esta parte de la norma consiste en determinar ¿cuáles podrían ser los motivos o las razones con base en las cuales las comisiones de regulación, al efectuar la revisión quinquenal de las fórmulas tarifarias pactadas en estos contratos, ordenaran su modificación?, ya que el párrafo 1º del artículo 87 no los señala.

Sobre este aspecto cabe mencionar que el artículo 3º de la Ley 142 de 1994, que describe los instrumentos generales mediante los cuales el Estado puede ejercer la intervención en los servicios públicos domiciliarios, dispone en su inciso segundo, que *“[t]odas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina esta Ley; y los motivos que invoquen deben ser comprobables”*.

Dado que ni el párrafo primero del artículo 87 ni otras normas de la Ley 142 establecen expresamente los motivos por los cuales las comisiones de regulación podrían ordenar la modificación de las tarifas en los contratos a los cuales se refiere este concepto, al hacer uso de su potestad de efectuar la revisión de las mismas cada cinco (5) años (distintos de las causales taxativamente previstas en el citado párrafo, que facultan la intervención de las comisiones en cualquier momento), la Sala concluye que tal modificación solamente podría ordenarse cuando sea evidente y comprobable que las fórmulas y las tarifas acordadas, al momento de la intervención, resulten: (i) contrarias a las normas legales que deben observar (artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96 de la Ley 142), o (ii) incompatibles con los fines para los cuales se celebró el contrato.

Así, por ejemplo, en relación con la primera hipótesis, la comisión de regulación podría ordenar la modificación de las “tarifas contractuales” si al momento de efectuar su revisión (cada 5 años), encontrara de manera clara, objetiva y demostrable, que la fórmula tarifaria pactada propicia trasladar a los usuarios los

costos de una gestión ineficiente por parte del prestador, en violación al criterio de “eficiencia económica” descrito en el numeral 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, o que, por el contrario, la fórmula estipulada no permita cubrir efectivamente los costos de operación involucrados en la prestación del servicio en condiciones normales y eficientes, desconociendo de esta forma el criterio de “suficiencia financiera” previsto en el numeral 4º del mismo artículo.

Se aclara que tales motivaciones tendrían que estar basadas en situaciones presentadas después de celebrado el contrato, pues, de lo contrario, la cláusula respectiva sería nula, por desconocer lo dispuesto en normas imperativas que las partes debían respetar al momento de suscribir el contrato. Además, el artículo 1.3.4.11, inciso cuarto, de la Resolución CRA-151 de 2001 dispone que *“una vez suscrito el contrato, la fórmula deberá ser puesta en conocimiento de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”*, lo cual permitiría a dichas entidades analizar la fórmula pactada y pronunciarse sobre la eventualidad ilegalidad de la misma, inmediatamente después de celebrado el contrato.

Con respecto a la segunda hipótesis, podría suceder, por ejemplo, que habiéndose suscrito un contrato de concesión para entregar a un prestador autorizado la prestación exclusiva del servicio de acueducto o saneamiento básico en un determinado municipio, durante cierto tiempo (por ejemplo, 20 años), la comisión de regulación encontrara, al efectuar la revisión de la fórmula tarifaria pactada (a los 5, a los 10 o a los 15 años de vigencia del contrato), que tal fórmula no permite la ampliación de la cobertura a los sectores socio-económicos más bajos de la población, porque en ese momento la metodología y la fórmula que la misma comisión haya aprobado de manera general y que se encuentre vigente para el mismo tipo de servicio y población, permite el cobro de unas tarifas considerablemente más bajas o promueve mejor la realización de las inversiones requeridas. En dicho evento, entonces, la comisión podría ordenar que la fórmula pactada en el contrato se ajuste, para que las tarifas que el prestador cobre a sus usuarios sean, al menos, iguales a las que cualquier otro prestador de servicios públicos podría aplicar utilizando la metodología y la fórmula generales.

En estos casos surge entonces la siguiente cuestión que se plantea en la consulta: ¿Qué sucede, desde el punto de vista jurídico, en relación con el contrato y los derechos del contratante y el contratista, si como resultado del ejercicio de esta atribución, la comisión de regulación competente decide modificar la fórmula tarifaria estipulada y, en consecuencia, las tarifas acordadas?

Para responder esta pregunta, la Sala debe acudir a la jurisprudencia del Consejo de Estado (especialmente de la Sección Tercera) sobre un fenómeno que se presenta con alguna frecuencia en la contratación estatal: el rompimiento del equilibrio económico del contrato y sus causas generadoras, entre ellas el “hecho del príncipe” y la teoría de la imprevisión.

A este respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde hace muchos años, incluso bajo la vigencia de estatutos de contratación estatal o administrativa anteriores a la Ley 80 de 1993, dedujo de diferentes normas y principios una regla fundamental y propia de la contratación del Estado, a saber: el equilibrio económico del contrato, sobre el cual ha dicho recientemente:

“Este enfoque del equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho o facultad del cual son titulares, en igual medida, las dos partes de la relación contractual.

Al aproximar con esa perspectiva el fundamento del equilibrio económico de los contratos estatales, resulta posible identificar en esa figura una doble dimensión: la primera relacionada con la equivalencia objetiva que debería existir entre las correspondientes y correlativas prestaciones y la segunda referida al respeto y mantenimiento de las condiciones existentes que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración.

Del contenido conceptual puesto de presente, debe entenderse que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de licitación o concurso, o de contratar cuando se hubiere acudido a la modalidad de contratación directa (...).⁴⁵

En punto a las causas que pueden romper el equilibrio económico del contrato, la jurisprudencia y la doctrina las agrupan, en general, en dos clases: (i) aquellas que provienen de una decisión o comportamiento de alguna de las dos partes, como ocurre con el denominado “hecho del príncipe”, o con la modificación, interpretación y terminación unilaterales del contrato por parte de la entidad estatal contratante (“*ius variandi*”), y (ii) aquellas que provienen de hechos ajenos a la conducta y a la voluntad de las partes, dentro de las cuales se destaca la “teoría de la imprevisión”, aunque también se hace referencia, hoy en día, a ciertas circunstancias especiales que no encajan exactamente en la citada teoría, como la “*teoría de la previsibilidad*” o las “*sujeciones imprevistas*”.

Resulta conveniente aclarar que, aun cuando en una época la jurisprudencia consideraba que el incumplimiento de las partes, especialmente el de la entidad contratante, constituía también una causa de desequilibrio o rompimiento del equilibrio económico del contrato, que habría que ubicar dentro del primero de los grupos referidos, con base en algunas normas de la Ley 80 de 1993 que así lo establecen en forma anti-técnica, luego evolucionó en este punto, haciendo claridad

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, radicación N° 25000-23-26-000-2001-02444-01(29214).

en que el incumplimiento de las partes (incluyendo el de la entidad estatal) pertenece realmente a otra institución jurídica, como es la responsabilidad contractual (civil o administrativa), que se rige por principios y normas propios, inclusive para determinar y calcular la indemnización o reparación de los daños a los que tiene derecho la parte afectada con el incumplimiento.

Ahora bien, con respecto a los requisitos que deben darse para que opere el “hecho del príncipe” como causa de desequilibrio contractual, la jurisprudencia ha identificado los siguientes: (i) que se trate de una disposición o medida adoptada por la entidad estatal contratante, en ejercicio de sus funciones de regulación normativa; (ii) que se trate de una norma de carácter general y abstracto, y no dirigida a regular en particular o específicamente el contrato (caso en el cual se estaría ante el ejercicio del “*ius variandi*”); (iii) que la expedición de la disposición general de que se trate, por parte de la entidad contratante, constituya un hecho sobreviniente, extraordinario e imprevisible para el contratista, y (iv) que la adopción de tal disposición o medida genere un desequilibrio cierto, grave y anormal en la ejecución del contrato, distinto de aquel que un contratista debe soportar normalmente (“alea normal u ordinario”).

Debe aclararse que existe alguna controversia aún en torno a si, para que se presente el “hecho del príncipe”, la norma general debe haber sido expedida exclusivamente por la entidad pública contratante, o si puede haber sido emitida por otra entidad u organismo del Estado. No obstante las diferentes posiciones que existen a este respecto, puede afirmarse que la postura mayoritaria de la jurisprudencia consiste en que, para que se configure el fenómeno del “hecho del príncipe”, la disposición o medida general debe haber sido adoptada por la misma entidad contratante, ya que si la expide otra entidad u organismo del Estado, se estaría en presencia de la teoría de la imprevisión o bien, según el caso, de un evento de caso fortuito o fuerza mayor.

En lo que atañe a esta segunda causal (teoría de la imprevisión), la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que esta debe reunir las siguientes condiciones, para que pueda presentarse como un hecho generador del rompimiento del equilibrio económico del contrato: (i) que se trate de un hecho extraño a las partes, en el sentido de que no pueda ser imputado a ellas; (ii) que ocurra en forma sobreviniente a la adjudicación o a la celebración del contrato, según el caso; (iii) que dicha circunstancia no haya podido o debido ser prevista razonablemente por la parte afectada, y (iv) que altere de manera cierta, grave y anormal el equilibrio económico del contrato, dificultando o haciendo más gravosa su ejecución para el contratista, pero sin imposibilitarla (como ocurre con el caso fortuito o fuerza mayor).

Con respecto al “*ius variandi*”, la jurisprudencia exige los siguientes requisitos: (i) que la entidad estatal contratante ejerza alguno de los poderes exorbitantes con los que está investida, especialmente los de modificación, interpretación o terminación unilateral del contrato; (ii) que los efectos de dicho ejercicio resulten imprevisibles

para el contratista, mas no el uso mismo de tales potestades, que se entiende envuelto en cualquier contrato estatal y, por esa razón, resulta perfectamente previsible, y (iii) que la decisión de la administración haga más gravosa la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, aunque esta mayor onerosidad no sea necesariamente anormal o extraordinaria.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la Sala observa que la eventual modificación de la fórmula tarifaria que se estipule en un contrato de esta clase, con el consecuente cambio en las tarifas que llegare a ordenar la comisión de regulación competente, en ejercicio de la potestad prevista en la última parte del parágrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, no se enmarcaría exactamente en ninguno de los fenómenos que la jurisprudencia ha descrito como causantes del desequilibrio económico del contrato estatal. En efecto, la hipótesis descrita: (i) no podría corresponder al “hecho del príncipe”, porque el acto administrativo o la medida no provendría de la entidad pública contratante (que según lo explicado, debe ser una entidad territorial o la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pero no una comisión de regulación), y porque la decisión de la comisión no sería general y abstracta, sino particular; (ii) no podría encajar en la teoría de la imprevisión, en tanto la revisión y eventual modificación de la fórmula tarifaria y de las tarifas por parte de la comisión de regulación, no constituiría un hecho anormal, extraordinario ni imprevisible, sino, por el contrario, perfectamente previsible para las partes en este tipo de contratos, en la medida en que tal intervención está prevista en una norma positiva que se encuentra vigente, a menos que se entendiera que lo imprevisible sea el sentido y la magnitud del cambio que en determinado caso ordene la comisión de regulación, y (iii) finalmente, tampoco respondería al ejercicio del “*ius variandi*”, por cuanto, si bien la modificación de la fórmula tarifaria y de las tarifas implicaría una reforma unilateral del contrato estatal en uno de sus aspectos esenciales (la remuneración del contratista), dicha modificación no provendría de la entidad pública contratante, quien es la titular de las potestades exorbitantes que le confiere la ley, sino de un tercero (la comisión de regulación).

Así, observamos que se trataría de un evento atípico, que compartiría elementos de varias de las figuras jurídicas reseñadas, pero sin corresponder exactamente a ninguna de ellas. Sin embargo, no puede perderse de vista que la ley y la jurisprudencia no exigen que toda situación que pueda alterar o romper el equilibrio económico del contrato deba ser clasificada necesariamente en alguna de las categorías mencionadas, pues, por una parte, dicha clasificación no resulta taxativa y, por la otra, en el análisis de este asunto debe primar siempre el derecho que tiene la parte perjudicada con el rompimiento del equilibrio económico del contrato, por razones ajenas y no imputables a su voluntad, para obtener el efectivo restablecimiento.

En esa medida, lo que sí exige unánimemente la jurisprudencia y la doctrina en este tipo de casos es que el equilibrio económico del contrato se quiebre de manera real

y grave o importante para quien reclama el restablecimiento, es decir, que no se trate de una simple alteración en las condiciones económicas del contrato que pueda enmarcarse dentro del alea o riesgo normal que la ejecución de todo contrato implica para las dos partes, o que suponga un leve incremento en la dificultad o en la onerosidad del contrato para la parte afectada. Es por eso que la doctrina extranjera en materia de contratos internacionales califica este requisito como “excesiva onerosidad” o “*hardship*”⁴⁶.

Por dicho motivo, sería necesario establecer, en cada caso concreto, si una medida como esta, que llegare a adoptar la comisión de regulación competente, afecta de manera importante o fundamental el equilibrio económico del contrato para la parte contratista (el prestador o la empresa de servicios públicos), habida consideración de que en esta clase de contratos dicha parte no recibiría directamente un precio o contraprestación económica por parte de la entidad pública contratante, sino que su remuneración estaría dada por el producto de las tarifas que recaude directamente de los usuarios. En esa medida, no todo cambio en la fórmula tarifaria estipulada en el contrato y en las respectivas tarifas tendría que representar necesariamente para el contratista un rompimiento del equilibrio económico del contrato, pues tales variaciones podrían: (i) dejarlo en una situación económica aproximadamente igual a la anterior, (ii) perjudicarlo en ciertos aspectos o bajo determinadas circunstancias (por ejemplo, en el sentido de recibir un menor flujo de caja de ciertos usuarios), pero beneficiarlo en otros campos (como permitirle disminuir gastos o inversiones), y (iii) favorecerlo, incluso, en términos netos.

Lo anterior permite concluir que toda modificación de la fórmula tarifaria acordada en este tipo de contratos, que la comisión de regulación competente llegare a realizar en ejercicio de la potestad que se analiza, no tendría que derivar necesaria y automáticamente en un rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que, en cada caso concreto, tendría que analizarse el impacto económico que este cambio tendría para el contratista, de acuerdo con la información técnica, financiera

⁴⁶ A este respecto, puede consultarse el capítulo sexto, sección II de los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales (versión 2010) elaborados por UNIDROIT (Instituto para la Unificación del Derecho Privado), con sus respectivas explicaciones. El artículo 6.2.2 de este documento define así la “excesiva onerosidad”:

“ARTÍCULO 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship)

Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”. (Subrayamos).

y contable de la cual se disponga, así como con los análisis, estudios y dictámenes que fuera necesario realizar.

Ahora bien, en cuanto al restablecimiento del equilibrio económico, debe observarse que en los contratos estatales este consiste, normalmente, en un ajuste o nivelación en los precios del contrato, ya sea simplemente para compensar los mayores gastos o pérdidas que experimenta el contratista (punto de “no pérdida”), como sucede en el caso de la teoría de la imprevisión, o bien para reparar, incluso, el lucro cesante, es decir, para permitir que el contratista recupere y siga recibiendo la utilidad que había proyectado (como ocurre cuando se ejerce el “ius variandi”).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la solución tendría que ser un poco distinta, pues, como se indicó, en esta clase de contratos la entidad pública contratante no paga directamente un precio o contraprestación al contratista, sino que este obtiene su remuneración de las tarifas que cobra a los usuarios. Tampoco sería posible obligar a la comisión de regulación competente a que ajuste o modifique de nuevo la fórmula tarifaria, pues esto implicaría una injerencia indebida y no autorizada por la ley en las funciones que competen a dichos organismos. En esa medida, el “restablecimiento” del equilibrio económico del contrato, una vez establecido técnicamente, tendría que lograrse mediante el pago de una indemnización o compensación, o bien mediante mecanismos alternativos que pudieran acordarse entre la entidad estatal y el contratista, dependiendo del tipo de contrato de que se trate y sus particularidades. Así, por ejemplo, en los contratos para la concesión de áreas de servicio exclusivo (artículo 40 de la Ley 142) podría estipularse, como mecanismo de restablecimiento, una prórroga o extensión del tiempo de la concesión, la modificación o el diferimiento de ciertas inversiones que el prestador del servicio deba realizar, o el aumento de los aportes que la entidad pública se haya obligado a efectuar, entre otras opciones, todo lo cual debe respetar las condiciones, criterios y lineamientos que fije la comisión de regulación para la celebración de este tipo de contratos, conforme a lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 40 de la Ley 142 de 1994⁴⁷.

Sobre este tema, la Sala llama la atención acerca de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1.3.7.5 de la Resolución CRA-151 de 2001, cuando dispone que *“las modificaciones de la parte tarifaria de los contratos derivadas de las circunstancias descritas en el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 no darán derecho a indemnización”* (se resalta). La aplicación de esta norma no podría hacerse de manera literal y absoluta, pues, como se ha explicado, pueden existir

⁴⁷ “Artículo 40. Áreas de servicio exclusivo...”

Parágrafo 1º. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos”. (Resalta la Sala).

eventos y circunstancias en los que los contratistas podrían solicitar a la entidad estatal contratante, como mecanismo para restablecer el equilibrio económico del contrato, una indemnización o compensación por la modificación de la fórmula tarifaria pactada que llegare a ordenar la Comisión de Regulación de Agua Potable en ejercicio de sus facultades previstas en el parágrafo 1º del artículo 87 y en otras normas de la Ley 142 de 1994.

En esa medida, la prohibición tajante y absoluta de reclamar una indemnización de perjuicios en estos casos, no solamente iría en contra del derecho que tienen los contratistas-prestadores del servicio público, a obtener el restablecimiento económico del contrato y la reparación de los perjuicios causados, en contravía de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, en varias normas de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 16⁴⁸ de la Ley 446 de 1998⁴⁹, sino que se convertiría en un obstáculo para el acceso a la administración de justicia de dichas personas jurídicas, que garantizan los artículos 229 de la Carta y 2 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia⁵⁰. En esa medida, la Sala entiende que lo dispuesto en el artículo 1.3.7.5 de la Resolución CRA-151 solamente puede ser aplicado en aquellos eventos en los que realmente no haya lugar a una indemnización de perjuicios a favor del contratista, según lo que se ha explicado previamente, y siempre sujeto a la valoración de las circunstancias específicas del caso y las pruebas respectivas por parte del operador judicial competente.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala encuentra altamente recomendable que en esta clase de contratos se prevea y estipule expresamente, desde el pliego de condiciones, las consecuencias jurídicas, técnicas y económicas que pueda tener la eventual modificación de la fórmula tarifaria pactada por parte de la comisión de regulación correspondiente, incluyendo la posibilidad de modificar o terminar el contrato (las llamadas “cláusulas de escape”), lo cual corresponde, por un lado, a la aplicación del principio y deber de planeación y, por el otro, al deber de prever los riesgos que puedan presentarse en la ejecución del contrato, para distribuir sus consecuencias, tal como lo manda el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007⁵¹.

Finalmente, es necesario advertir que, a pesar de lo explicado previamente por la Sala sobre este asunto, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico no podría, en el estado actual de la regulación expedida por ella misma,

⁴⁸ “Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales” (se resalta).

⁴⁹ “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”.

⁵⁰ Ley 270 de 1996, modificada por la Ley 1285 de 2009 y otras.

⁵¹ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

modificar las fórmulas tarifarias y las respectivas tarifas acordadas en los contratos a los cuales alude el parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, por razones distintas de las mencionadas expresa y específicamente en la citada norma, pues dicha comisión ha establecido como uno de los pilares de la intervención estatal en estos contratos el principio que ha denominado “estabilidad regulatoria”, el cual se encuentra descrito en el artículo 1.3.4.11 de la Resolución CRA 151 de 2001, así:

“Artículo 1.3.4.11 Estabilidad regulatoria. Los actos y contratos que celebren las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios a que se refiere la presente resolución, se regirán por las normas regulatorias vigentes al momento de su celebración.”

Por lo anterior, las tarifas y las fórmulas tarifarias sólo podrán ser modificadas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de la neutralidad o abusos con los usuarios del sistema, también podrá intervenir la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico cuando las personas prestadoras incurran en prácticas restrictivas de la competencia.

De conformidad con lo establecido en el Parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142, las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico cada cinco años, lo cual sólo podrá hacerse mediante resolución motivada, de contenido particular y concreto.

El proponente al presentar su propuesta en materia de tarifas debe someterse a los límites establecidos en la ley y, una vez suscrito el contrato, la formula deberá ser puesta en conocimiento de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En estos casos, la tarifa que se cobre al usuario final no debe ser superior a la que hubiera cobrado un prestador de servicios públicos sometidos a la aplicación de la regulación genérica de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico”. (Subraya la Sala).

Como se infiere, si bien la CRA establece que las tarifas que se cobren a los usuarios finales en virtud de esta clase de contratos no pueden superar las que serían aplicables por cualquier prestador sujeto a las regulaciones generales en materia tarifaria, esta condición solo se refiere, en el contexto de la norma transcrita y bajo el principio de “estabilidad regulatoria” descrito, a la metodología y la fórmula vigentes al momento de celebrarse el contrato, pero no a la metodología y la fórmula que más adelante, durante la ejecución del contrato, pueda establecer dicha comisión de manera general.

En esa medida, la forma como se encuentra regulado en la actualidad el citado principio por parte de la Comisión de Regulación de Agua Potable, supone, en la práctica, una especie de renuncia a su potestad de modificar las tarifas acordadas en estos contratos cada cinco (5) años, por motivos distintos de los señalados expresa y específicamente en el parágrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de

1994, esto es, por incurrir las partes o alguna de ellas en “*abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema*”, o en cualquiera de “*las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de esta Ley*”, pues no quedarían otros motivos o razones por los cuales dicha comisión pudiera ordenar la modificación de las “tarifas contractuales”.

E. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Facultades de vigilancia y control en relación con las tarifas

El artículo 370 de la Constitución Política dispone que corresponde al Presidente de la República, con sujeción a la ley, señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, y ejercer el control, inspección y vigilancia sobre las entidades que los presten, por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Como se puede ver, la Carta de 1991, no solamente consagró la existencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (única superintendencia que está prevista en la Constitución de forma específica), sino que además determinó su objeto principal, como delegataria del Presidente de la República, consistente en ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas y entidades que presten esta clase de servicios. En cumplimiento de este mandato, el artículo 75 de la Ley 142 de 1994 dispone que “[e]l Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, y los demás servicios públicos a los que se aplica esta Ley, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del Superintendente y sus delegados”.

El artículo 79 ibídem, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001 y el artículo 87 de la Ley 1753 de 2015⁵², establecen las funciones de la Superintendencia, entre las cuales merece la pena resaltar las siguientes, para los fines de esta consulta:

“1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.

2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los “comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios”; y sancionar sus violaciones.

3. Dar conceptos, no obligatorios, a petición de parte interesada, sobre el cumplimiento de los contratos relacionados con los servicios a los que se refiere esta

⁵² “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’”

ley; y hacer, a solicitud de todos los interesados, designaciones de personas que puedan colaborar en la mejor prestación de los servicios públicos o en la solución de controversias que puedan incidir en su prestación oportuna, cobertura o calidad.

(...)

8. Solicitar documentos, inclusive contables; y practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

(...)

10. Tomar posesión de las empresas de servicios públicos, en los casos y para los propósitos que contemplan el artículo 59 de la Ley 142 de 1994 y las disposiciones concordantes.

11. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación; publicar sus evaluaciones... La Superintendencia podrá imponer programas de gestión para las empresas que amenacen de forma grave la prestación continua y eficiente de un servicio... De igual manera podrá definir criterios diferenciales para adelantar el control, inspección y vigilancia a los prestadores de acueducto, alcantarillado y aseo en áreas rurales.

12. Adjudicar a las personas que iniciaron, impulsaron o colaboraron en un procedimiento administrativo, tendiente a corregir violaciones de las normas relacionadas especialmente con los servicios públicos, una parte de las multas a la que se refiere el numeral 81.2 del artículo 81 de la Ley 142 de 1994... Esta adjudicación será obligatoria cuando la violación haya consistido en el uso indebido o negligente de las facturas de servicios públicos, y la persona que inició o colaboró en el procedimiento haya sido el perjudicado.

(...)

16. Señalar, de conformidad con la Constitución y la ley, los requisitos y condiciones para que los usuarios puedan solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como secreta o reservada por la ley.

(...)

23. Solicitar a los auditores externos la información indispensable para apoyar su función de control, inspección y vigilancia y para evaluar la gestión y resultados de las personas prestadoras de servicios públicos, conforme con los criterios, características, indicadores y modelos que definan las Comisiones de Regulación...

(...)

25. Sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios.

(...)

27. Pedir a las autoridades competentes, en el evento de toma de posesión, que declaren la caducidad de los contratos de concesión, en los términos del artículo 121 de la Ley 142 de 1994.

(...)

29. Resolver los recursos de apelación que interpongan los usuarios conforme a lo establecido en el artículo 159 de la Ley 142 de 1994.

(...)

31. Podrá ordenar en el acto administrativo que resuelva el recurso de apelación de que tratan los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, la devolución de los dineros que una empresa de servicios públicos retenga sin justa causa a un usuario, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación de la decisión respectiva.

32. Adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

(...)". (Destaca la Sala).

Ahora bien, en lo que atañe específicamente a las tarifas, debe recordarse que dentro del esquema de libertad regulada, el cual, como se explicó, constituye la regla general para los servicios públicos domiciliarios, y especialmente para los de acueducto y saneamiento básico, las tarifas corresponden a la aplicación que las empresas de servicios públicos hacen de la metodología y la fórmula que haya establecido previamente y de forma general la respectiva comisión. Tales tarifas se cobran a los usuarios mediante la expedición de las respectivas facturas, en desarrollo del contrato de prestación de servicios en condiciones uniformes que se suscribe o se presume celebrado con cada usuario.

Así, la liquidación y el cobro de las tarifas tiene en estos casos una doble connotación jurídica: (i) por un lado, es la aplicación de una disposición administrativa de carácter general y abstracto, expedida con fundamento en la ley por la comisión de regulación competente, y (ii) por otra parte, implica el ejercicio de una facultad contractual para la empresa y el cumplimiento de una obligación de la misma índole para el usuario, que se entienden incorporadas en el contrato de prestación del respectivo servicio público.

En esa medida, dentro del régimen de libertad regulada, el cobro de tarifas a los usuarios sin sujetarse a la fórmula o a la metodología establecidas por la comisión de regulación competente, puede conllevar tanto una violación de los actos administrativos expedidos por la comisión de regulación, como un incumplimiento del contrato de prestación del servicio e, incluso, una violación directa de la ley, cuando se incumpla directamente alguna de las normas de la Ley 142 de 1994 o las demás que regulan esta materia. En cualquiera de estos casos, la Superintendencia puede iniciar una investigación contra el respectivo prestador y, si encuentra mérito para ello, imponer las sanciones correspondientes, tanto a la persona jurídica como

a las personas naturales involucradas⁵³, de conformidad con lo previsto en el artículo 81 de la Ley 142.

En relación con esta problemática, la Sala de Consulta explicó lo siguiente, en el concepto N° 931 de 1997⁵⁴:

“Régimen de sanciones

Materia diferente al incumplimiento de las prestaciones que constituyen el objeto de las obligaciones contractuales y las consecuencias indemnizatorias en uno de los casos a opción del usuario o suscriptor, es la aplicación de sanciones...

En armonía con lo anterior, deben identificarse por una parte las obligaciones contractuales que asume la empresa prestadora de servicios públicos, algunas originadas en exigencias legales, y la responsabilidad genérica impuesta a ella de observar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, cuyo cumplimiento es precisamente objeto de la inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia, de modo que cuando se presenta, independientemente de las relaciones contractuales subjetivas, el desconocimiento de las normas objetivas a las que las empresas prestadoras están sujetas, procede la aplicación de sanciones.

En otros términos, tanto el cumplimiento de las disposiciones a las que están sujetas las empresas prestadoras- leyes y actos administrativos -, como el de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios (arts. 79.1 y 79.2, ley 142/94), son objeto específico de las competencias de inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia de servicios públicos; su incumplimiento o desconocimiento puede dar lugar a la imposición de sanciones (arts. 79 y 81, ley 142/94; art. 43, ley 143 /94).

Por ello es posible que aún en ausencia de la declaratoria de incumplimiento de un contrato de prestación de servicios por la ocurrencia de hechos o situaciones de desconocimiento de las prestaciones contractuales, tales hechos representen a su vez violación de las disposiciones a las que tales empresas están sujetas, siendo procedente la imposición de sanciones, dentro de los límites legalmente previstos con sujeción al debido proceso.

2.2.4. Excesos tarifarios.

En el caso planteado en la consulta, según el cual el incumplimiento contractual se manifiesta en el indebido o excesivo cobro de tarifas a los usuarios, no prevé la LSPD la posibilidad de que la Superintendencia ordene la restitución, por compensación o reintegro, como parte de las atribuciones sancionatorias contenidas en los artículos 79 y 81 de la ley 142 de 1994, ni en el artículo 43 de la ley 143 de 1994, de tal manera

⁵³ Sobre la facultad de la Superintendencia de Servicios Públicos para sancionar a personas naturales, puede verse el concepto N° 2190 del 21 de agosto de 2014, emitido por esta Sala.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 931 del 16 de junio de 1997.

que la Sala no encuentra sustento jurídico a tal procedimiento. Sin embargo no deja de observar que aun cuando la pregunta se formula como parte de “las atribuciones sancionatorias”, la devolución de un cobro indebido o en exceso no puede constituirse en parte de la sanción para la empresa o en ejercicio de su atribución en la materia por la SSPD contra ella si hizo este cobro indebido o en exceso sino el ejercicio de procurar el buen servicio y en aplicación de principios de equidad entre la empresa y el usuario.

En este aspecto la sala observa que la LSPD prevé en el Capítulo III “defensa de los usuarios en sede de la empresa” un amplio beneficio en favor del usuario o suscriptor para el trámite de peticiones, quejas y ejercicio de recursos relativos al contrato de servicios públicos (arts. 152 y ss).

La ley prevé que pueden interponerse recursos por la violación de la ley o de las condiciones uniformes del contrato (art. 156).

Es entendido que el indebido cobro en exceso de las tarifas conlleva las dos causales mencionadas y en consecuencia da lugar a interponer estos recursos ante la empresa; en caso de resultar negativo, procede la reposición y en subsidio la apelación ante la SSPD (art. 154 y 159, ley 142/94)

En consecuencia, por esta fuente es posible que una decisión adversa a la devolución de sumas cobradas en forma indebida o en exceso al liquidar las tarifas de servicios públicos pueda ser objeto de resolución favorable al acudir en apelación el usuario o suscriptor por la determinación que al resolver el recurso, adopte la SSPD.
(...). (Subrayas fuera del texto original).

Así, entonces, de acuerdo con el concepto citado, el cobro excesivo o, en general, indebido de tarifas por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, puede conllevar tanto el incumplimiento del contrato de prestación de servicios como la violación de normas legales y administrativas, y dar lugar, en consecuencia, a la imposición de sanciones por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos, a la devolución o restitución de las sumas cobradas en exceso, que dicha autoridad puede ordenar dentro del procedimiento administrativo, al resolver el recurso de apelación que el usuario interponga contra los actos de la empresa, y a la indemnización ordinaria de perjuicios que el mismo usuario persiga por la vía judicial ante la autoridad competente.

Ahora bien, en el caso de los contratos a los que se refiere el artículo 87, parágrafo 1º de la Ley 142, objeto de esta consulta, existe una particularidad frente al régimen ordinario que se ha explicado, la cual impone la necesidad de dar un tratamiento distintivo. En efecto, en este caso las tarifas no obedecen a la aplicación de una metodología y una fórmula adoptadas por la comisión de regulación respectiva de manera general, sino que corresponden a una fórmula propuesta por la empresa de servicios públicos en desarrollo de un proceso de selección, que ha sido aceptada

por la entidad pública contratante e incorporada dentro del respectivo contrato estatal.

En esa medida, el desconocimiento de dicha fórmula y de las tarifas calculadas con fundamento en la misma, no constituiría, en principio, una violación a la ley o a un acto administrativo de carácter general, sino el incumplimiento al contrato celebrado con la entidad estatal respectiva, que generaría las consecuencias propias de la infracción a los contratos estatales por parte del contratista (aplicación de multas y cláusula penal, declaratoria de caducidad etc.). Pero dicha situación implicaría, al mismo tiempo, un incumplimiento de la empresa de servicios públicos al contrato de condiciones uniformes celebrado con sus usuarios, pues en tales contratos se entiende incorporada la facultad para el prestador de cobrar las tarifas autorizadas, que en este caso son las pactadas en el contrato estatal que se haya celebrado, al amparo del parágrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

Para la Sala, resulta claro que la Superintendencia de Servicios Públicos, en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que la Constitución Política y la ley le asignan, no está facultada para vigilar o supervisar el cumplimiento de los referidos contratos estatales ni para imponer a los respectivos contratistas sanciones por su incumplimiento, desde la perspectiva contractual. Tales funciones competen legalmente a la entidad estatal que funja como contratante (ya sea la entidad territorial o, excepcionalmente, la misma Superintendencia), de forma directa o por medio de la interventoría que se contrate para el efecto, con sujeción a las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Sin embargo, la Sala no puede soslayar el hecho de que el incumplimiento de dicho contrato estatal puede acarrear, a su vez, el incumplimiento de los contratos de prestación del servicio público respectivo, celebrados entre la empresa o prestador y sus correspondientes usuarios, y generar, por esta vía, la violación de los derechos constitucionales y legales de aquellos.

Por este motivo, al igual que sucede en el régimen ordinario de libertad regulada, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podría iniciar las investigaciones administrativas que correspondan y sancionar, si lo encuentra procedente, a los prestadores de servicios públicos y a las personas naturales involucradas en estas conductas, de acuerdo con las normas pertinentes de la Ley 142 de 1994 y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA. Igualmente, como se explicó en el concepto 931 de 1997, antes citado, en el evento de que el usuario formule una petición, queja o reclamo ante el respectivo prestador, por considerar que efectuó un cobro indebido o excesivo de la tarifa, y presente recurso de apelación contra el acto que profiera la empresa en respuesta a dicha petición, la Superintendencia tendría que intervenir con el propósito de resolver el recurso mencionado y podría, por esta vía, ordenar la devolución de las sumas recibidas en exceso por el prestador, si lo encuentra procedente en el caso concreto.

F. Principales conclusiones sobre la interpretación más probable del párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994

De acuerdo con lo explicado hasta ahora, la Sala concluye lo siguiente sobre el entendimiento que resulta más probable del párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, con base en los métodos y las reglas de interpretación de las normas, previstos tanto en el Código Civil como en la propia Ley 142:

- (i) Partiendo de que el objeto de los contratos a los que alude la norma citada implica la prestación misma de un servicio público domiciliario, dichos contratos pueden ser celebrados por las entidades públicas competentes con las empresas de servicios públicos (oficiales, privadas o mixtas) y los demás prestadores de tales servicios que señala el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, teniendo en cuenta las restricciones y limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico a algunos de ellos.
- (ii) La aplicación de la norma citada, en cuanto concierne a la posibilidad de pactar las fórmulas tarifarias y las tarifas, podría darse en estos tipos de contratos que las entidades referidas y los prestadores mencionados pueden celebrar, de acuerdo con la Ley 142 de 1994: *a)* En los contratos para la concesión de áreas de servicio exclusivo que pueden suscribir las entidades territoriales (artículo 40 *ibídem*), y *b)* en los contratos que los municipios, los departamentos, la Nación y, excepcionalmente, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pueden celebrar para sustituir en la prestación del servicio a una empresa de servicios públicos (o eventualmente a otro prestador) que entre en causal de disolución y deba liquidarse (artículo 61 *eiusdem*).
- (iii) En ambos casos es posible que las fórmulas tarifarias y las tarifas respectivas se utilicen como elemento para la adjudicación de los contratos, cuando así se disponga expresamente en los pliegos de condiciones, caso en el cual los proponentes pueden ofrecer las fórmulas y las tarifas que estén dispuestos a cobrar a los usuarios, por fuera de la metodología y las fórmulas que rijan para el respectivo servicio y que haya adoptado con criterio general la comisión de regulación competente, pero sujetándose a los límites y condiciones establecidos en el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 y en el artículo 1.3.4.11 de la Resolución CRA-151 de 2001, así como los demás que se fijen en los pliegos, en atención a la finalidad que se persiga con el respectivo contrato. En el evento de adjudicarse el contrato, la fórmula y las tarifas respectivas tendrían que incorporarse expresamente en el contrato estatal que se suscriba.

- (iv) De acuerdo con lo dispuesto por la norma que se interpreta, la comisión de regulación competente puede intervenir en estos contratos para revisar y, si lo considera pertinente, modificar las fórmulas y las tarifas pactadas, en dos grandes casos: *a)* en cualquier momento, cuando las partes (o cualquiera de ellas) incurran en las conductas ilegales y antijurídicas descritas en la misma disposición; o *b)* cada cinco (5) años, a partir de la celebración del contrato.
- (v) En la primera de las hipótesis planteadas, se trataría de una intervención correctiva de la autoridad competente, dirigida a superar situaciones anticompetitivas y, por ende, ilegales, en las que estén incurriendo las dos partes contratantes o alguna de ellas. De esta forma, lo decidido por la comisión, una vez en firme el acto administrativo respectivo, debe ser acatado y no podría dar lugar, en principio, a reclamaciones económicas del contratista contra la entidad estatal contratante, ni a la inversa, alegando un presunto desequilibrio económico del contrato. En la segunda de las eventualidades descritas (revisión oficiosa cada 5 años), la decisión de modificar la fórmula tarifaria y las tarifas que adopte la comisión de regulación podría generar eventualmente un rompimiento del equilibrio económico del contrato, que daría derecho a la parte afectada para pedir su restablecimiento, si se cumplen las condiciones o requisitos generales exigidos por la jurisprudencia para la procedencia de dicha figura. Para este segundo caso, sería recomendable que las entidades contratantes prevean en los pliegos, y estipulen en los contratos, la forma de corregir dicho desequilibrio e impedir que este se siga presentando (incluyendo la posibilidad de modificar o terminar anticipadamente los contratos).
- (vi) La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no es competente para supervisar o vigilar el cumplimiento de los contratos estatales que se celebren haciendo uso de lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 87 *ibídem*, ni puede imponer sanciones al contratista por su incumplimiento, desde el ámbito de la facultad sancionatoria contractual. El deber de control y vigilancia sobre la ejecución de los contratos y la potestad sancionatoria en relación con las actuaciones contractuales, son responsabilidad y competencia de las entidades estatales contratantes, directamente o por intermedio de la interventoría. Sin embargo, en la medida en que un incumplimiento contractual conlleve, a su vez, el incumplimiento de los contratos de prestación del servicio público en condiciones uniformes, que los prestadores deben suscribir (o se entienden celebrados) con sus respectivos usuarios, lo cual, a su vez, puede vulnerar los derechos que la Constitución y la ley reconocen a dichas personas, la Superintendencia está facultada para iniciar las investigaciones administrativas correspondientes y, si lo estima procedente, aplicar las sanciones correspondientes al respectivo prestador y a las personas naturales involucradas directamente en la conducta.

A la luz de las consideraciones anteriores,

III. La Sala RESPONDE:

1. Respecto de las personas jurídicas con las que se pueden celebrar contratos de operación, financiación y mantenimiento de servicios públicos domiciliarios.

1.1. Teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, señala que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de servicios públicos, se pregunta:

a) ¿Cuál es el alcance del concepto “empresas privadas” contenido en el parágrafo 1 del artículo 87 de la ley 142 de 1994?

Conforme a lo explicado en este concepto, debe entenderse que los contratos a los cuales se refiere el parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, pueden celebrarse por las entidades estatales competentes (entidades territoriales y Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios) con las empresas de servicios públicos (privadas, oficiales o mixtas) y los demás prestadores de dichos servicios que señala el artículo 15 de la Ley 142, teniendo en cuenta las restricciones y limitaciones establecidas constitucional y legalmente para algunos de ellos.

En esa medida, la expresión “empresas privadas” que utiliza el artículo 87, parágrafo primero de la Ley 142 de 1994, no limita la celebración de los referidos contratos exclusivamente con empresas de servicios públicos de carácter privado, pues, al efectuar un análisis sistemático de la citada ley, se concluye que las demás empresas de servicios públicos y, en general, los prestadores de dichos servicios, enunciados en el artículo 15 ibídem, también pueden ser parte en tales contratos.

b) ¿Podría contratarse la operación, financiación y mantenimiento con cualquier empresa privada, aunque no corresponda con la condición de ser empresa de servicios públicos en los términos del artículo 17 citado? En el mismo sentido ¿Quedaría dentro del alcance de “empresa privada” la promesa de sociedad futura?

De acuerdo con la respuesta anterior, en relación con la primera pregunta incluida en este literal, la Sala reitera que no es posible contratar la operación, la financiación y el mantenimiento de un servicio público domiciliario con una empresa (pública o privada) que no tenga la calidad de prestador de servicios públicos, en los términos del artículo 15 de la Ley 142 de 1994. Con respecto a la segunda, debe precisar que la “promesa de sociedad futura” no es una persona jurídica, sino un contrato, y que no existe disposición alguna que permita actualmente la presentación de

propuestas o la celebración de contratos estatales mediante la figura de la “promesa de sociedad futura”, de acuerdo con lo explicado en este concepto.

1.2. Cuando en los contratos para la prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se estipula que la tarifa a cobrar es la que resulte de la aplicación de la metodología general establecida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, se puede decir que se pactó una tarifa contractual?

A juicio de la Sala, esta pregunta incluye dos posibilidades: (i) que se estipule genéricamente que las tarifas que el contratista-prestador del servicio podrá cobrar a los usuarios serán aquellas que resulten de aplicar la metodología y la fórmula que establezca la comisión de regulación competente, o (ii) que se estipule específicamente que el contratista-prestador cobrará, durante toda la vigencia del contrato, las tarifas que resulten de aplicar la metodología y la fórmula vigentes al momento de presentar la propuesta o de suscribir el contrato (según lo que se disponga en los pliegos), o las contenidas en determinada resolución expedida por la CRA.

En el primer caso, no podría decirse que se haya pactado una “tarifa contractual”, ya que dicha estipulación corresponde simplemente a la aplicación de lo que dispone la ley en materia tarifaria, así como de las regulaciones generales expedidas en esta materia por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. En tal hipótesis, el contratista tendría que sujetarse siempre a la metodología y a la fórmula establecidas por la citada comisión y que se encuentren vigentes en cada momento.

En el segundo caso sí existiría una “tarifa contractual”, la cual de todas formas no podría superar las tarifas que sean aplicables de manera general por los prestadores del respectivo servicio público en la fecha en que se celebre el contrato, conforme a lo dispuesto en la Resolución CRA 151 de 2001.

2. Respecto del control de las tarifas contractuales.

2.1. ¿La revisión que realiza la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, puede implicar la modificación de la tarifa contractual y, por ende, la modificación del contrato, no obstante haber sido la tarifa propuesta un factor de escogencia del contratista?

Sí. La revisión que efectúe la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico a las fórmulas y tarifas que se estipulen en esta clase de contratos, en los casos previstos en el parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, puede implicar la modificación de las mismas, con la consecuente variación parcial en las condiciones contractuales.

2.2. ¿A pesar de que el párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, no hizo referencia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, este órgano con base en las facultades y atribuciones previstas en la Constitución y en la Ley 142 de 1994, puede hacer control tarifario cuando se aplica el párrafo objeto de la consulta. Si la respuesta es positiva, cuál sería el alcance del control?

De acuerdo con lo explicado en este concepto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no puede vigilar o supervisar la ejecución del contrato estatal que celebre la entidad pública competente con un prestador de servicios públicos y, por tanto, no puede sancionar al contratista por el incumplimiento en que eventualmente incurra en relación con las tarifas pactadas.

Sin embargo, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, sí puede investigar administrativamente el incumplimiento de los contratos de prestación de servicios en condiciones uniformes que esta misma situación involucre, particularmente en lo relacionado con el cobro de las tarifas a los usuarios (“control tarifario”), en defensa de sus derechos constitucionales y legales, y aplicar las sanciones correspondientes, según lo previsto en la Ley 142 de 1994.

Asimismo, y en la medida en que intervenga en el procedimiento administrativo que inicie el usuario al presentar una petición, queja o reclamo contra el prestador, con el propósito de resolver el recurso de apelación que aquel llegare a interponer, podría ordenar la devolución de las sumas recibidas indebidamente o en exceso.

2.3. ¿En qué eventos podrían revisarse las tarifas contractuales por parte de las entidades competentes? La revisión procedería de oficio o por petición de los usuarios y con qué periodicidad? ¿Qué implicaciones y consecuencias traería el ejercicio de estas competencias en la ejecución contractual? ¿Podría implicar la modificación del contrato sin generar responsabilidad alguna para la entidad contratante?

La revisión y eventual modificación de las fórmulas tarifarias y de las tarifas pactadas en esta clase de contratos, le corresponde hacerla a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) en cualquiera de los eventos descritos en el párrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, los cuales pueden clasificarse en dos grandes grupos, así: (i) En cualquier momento, de oficio, a petición de parte o por traslado que le haga otra autoridad, cuando se presente alguna de las siguientes conductas antijurídicas: abuso de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema o infracción a cualquiera de las prohibiciones contenidas en el artículo 98 de la Ley 142 de 1994; y (ii) de oficio, cada cinco (5) años, a partir de la celebración del contrato.

En los eventos descritos en el numeral (i) anterior, no habría lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato a cargo de la entidad contratante, por cuanto la modificación de las tarifas sería consecuencia de una orden legítima de autoridad competente (la CRA), adoptada para corregir una situación ilegal o antijurídica, de la cual sería responsable total o parcialmente el contratista. En la hipótesis descrita en el numeral (ii), podría presentarse un desequilibrio económico del contrato, en la medida en que la modificación a la fórmula tarifaria que adopte la comisión de regulación llegare a generar un desequilibrio grave o importante del contrato que no esté el contratista en el deber de soportar. En este segundo caso, la entidad estatal y el contratista deberían evaluar y pactar las soluciones que permitan restablecer de la mejor manera posible el equilibrio económico del contrato, o bien acordar o adoptar, según el caso, la terminación anticipada del mismo, entre otras opciones.

2.4. Teniendo en cuenta que la norma objeto de consulta señala que “Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley”, se pregunta si la entidad contratante debe establecer unas condiciones mínimas en los pliegos para que el oferente oferte la tarifa a cobrar a los usuarios.

Sí. Además de los criterios señalados por la norma citada, es necesario establecer explícitamente en los pliegos de condiciones el propósito que se persigue en cada caso con la inclusión de la fórmula tarifaria como base para la adjudicación del contrato, los límites o restricciones dentro de los cuales pueden ofrecerse dichas fórmulas y tarifas, y los eventos en los cuales la entidad estatal podría declarar desierto el proceso de selección, entre otros asuntos, con el fin de que los potenciales oferentes los conozcan, los acepten al momento de presentar sus propuestas y queden obligados por estos en el evento de resultar adjudicatarios del contrato.

3. Respecto de la naturaleza del contrato de operación, financiación y mantenimiento de servicios públicos.

3.1. ¿Es posible considerar que la contratación de la operación, financiación y mantenimiento no implique la prestación misma [de los] servicios públicos?

No. Para la Sala es claro que la contratación de la operación, financiación y mantenimiento de un servicio público domiciliario, implica la prestación misma de dicho servicio.

3.2. ¿Cuándo se otorguen áreas de servicio exclusivo, modalidad regulada por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, sería posible aplicar el parágrafo 1 del artículo 87 de esta ley?

Sí. Los contratos para la concesión de áreas de servicio exclusivo, a que se refiere el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, constituyen uno de los dos casos en que se podría aplicar lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 87 de la misma ley.

3.3. ¿Cuándo una empresa de servicios públicos contrata a otra empresa oficial, privada o mixta para que preste estos servicios, resulta procedente dar aplicación al parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994?

En opinión de la Sala y por las razones explicadas en este concepto, no resultaría jurídicamente adecuado que una empresa de servicios públicos (sea oficial o de otra clase) subcontrate a otra empresa de servicios públicos para que preste de forma integral o completa determinado servicio público domiciliario en un municipio o región del país.

De todas formas, aunque se llegaran a celebrar tales contratos, no podría pactarse en los mismos la fórmula tarifaria y las tarifas que con base en aquella disposición podría cobrar la empresa contratista a los respectivos usuarios.

En síntesis, en la hipótesis planteada en esta pregunta, no es viable aplicar lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

Remítase a la Ministra de Vivienda, Ciudad y Territorio y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala