¿UN RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL PARA LAS CONCESIONES DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN COLOMBIA? ALGUNAS IDEAS PARA REABRIR UN DEBATE

HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO
Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL CAMBIO PROFUNDO EN EL MODELO DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.– III. LA INFRAESTRUCTURA PÚBLICA COMO RESULTADO PREDOMINANTE DEL MODELO ANTERIOR.– IV. EL REINO DE LA DIVERSIDAD: CONSECUENCIAS DE LA GESTIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA LOCAL EN UN ENTORNO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.– V. ALGUNAS DISTORSIONES APAREJADAS A LA NEGACIÓN DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO COMO VEHÍCULO APTO PARA LA TRANSFERENCIA DE LA GESTIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN COLOMBIA: 1. La incertidumbre jurídica y las distorsiones para garantizar plenamente la primacía del interés general 2. Las distorsiones a los tipos contractuales utilizados.– VI. REFLEXIONES FINALES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La liberalización de los servicios públicos domiciliarios (acueducto, alcantarillado, energía y gas) en Colombia trajo como consecuencia la desaparición del monopolio público antes imperante. Como un efecto reflejo, la concesión de servicios públicos fue relegada a un lugar muy secundario. La no titularidad pública de estos servicios (ahora liberalizados) se entiende como una objeción para su concesión. Sin embargo, la observación de la realidad permite apreciar que detrás de la entrega material que rutinariamente hacen los municipios a operadores especializados por otras vías contractuales se suele encubrir una verdadera encomienda de gestión del servicio. Este artículo cuestiona las bases teóricas de la posición mayoritaria, que excluye la celebración de concesiones de servicio en el campo del acueducto y alcantarillado por falta de titularidad pública de estos servicios, y aboga por una legislación especial que despeje todas las dudas a este respecto y ofrezca a la concesión de servicios una nueva oportunidad de cumplir el papel que históricamente ha desarrollado, como instrumento articulador de las necesidades colectivas y la iniciativa privada.

Palabras clave: concesión de servicios públicos de acueducto y alcantarillado; liberalización de los servicios públicos; *publicatio* de los servicios públicos.

ABSTRACT: The liberalization of public utilities and services like aqueduct, sewage, energy and gas in Colombia resulted in the disappearance of the previously prevailing public monopoly. As a reflex effect, the classic concession of these public services was

relegated to a very secondary place. The non-public ownership of these services (now liberalized) is understood as an objection to their concession. However, the observation of reality in the water sector show that behind the transfer of local infrastructure to specialized operators through other contractual means, a true assignment of the services of aqueduct and sewage is usually concealed. This article questions the theoretical bases of the majority position, which excludes the celebration of service concessions in the field of aqueduct and sewerage due to lack of public ownership of these services, and advocates for a special legislation that clears up all doubts in this regard and offer the concession of services a new opportunity to fulfill the role that it has historically developed, as an articulating instrument of collective needs and private initiative.

Key words: concession of public water and sewerage services; liberalisation of public services; publicatio of public services.

I. INTRODUCCIÓN

Pocas figuras dentro del Derecho Administrativo parecen haber sufrido la suerte trágica de la concesión de servicios públicos en Colombia: de estrella refulgente de su firmamento a pequeña partícula errante por su enorme cosmos… Tal podría ser la conclusión a la que arribe cualquier observador desprevenido que se asome al panorama jurídico colombiano y aprecie las cosas desde la esquina de los llamados servicios públicos domiciliarios (a saber: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y distribución de gas combustible, según su definición legal (1)). De protagonista indiscutible de este campo en otro tiempo, la realidad actual de los servicios públicos domiciliarios apenas ofrece a la concesión de servicios públicos un rol de figurante, que ni siquiera cabe calificar de secundario. Su suerte cambió para siempre desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991. La expedición de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios en 1994 (Ley 142 de 1994 o LSPD), pocos años después, le dio el puntillazo final, al liberalizar de manera decidida sectores donde otrora se pavoneó de la mano del monopolio público.

No parecen estos ser tiempos propicios para la concesión de servicios públicos. Ya no se le ve con buenos ojos; se recela de ella, se le arrincona y arrumba en lugares recónditos de la legislación y del sector. Por eso, aunque su reconocimiento legal figura en el artículo 32.4 de la legislación de contratos estatales (Ley 80 de 1993), en el ámbito de los servicios de acueducto y alcan-

(1) *Vid.* artículo 14.21 de la Ley 142 de 1994. De acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia T-578 de 1992, que efectúa una interesante caracterización de esta categoría constitucional, los servicios públicos domiciliarios «son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de la persona».

tarillado no se le ve: los municipios propietarios de la infraestructura para su prestación la evitan y, remilgosos, prefieren frecuentar otros tipos contractuales más modernos y menos fustigados.

Aunque un vistazo a los principales materiales jurídicos del sector (regulación, jurisprudencia y doctrina) permitiría corroborar la progresiva relegación de la concesión de servicios públicos a un rincón recoleto de este importante ámbito de la vida jurídico-administrativa nacional, tengo la convicción de que un análisis crítico y no formalista de la realidad jurídica que subyace a esos mismos materiales permite apreciar las cosas desde otra óptica. Por esto, el presente escrito tiene un doble propósito: desde un prisma metodológico, quiere resaltar la importancia de la valoración de las realidades jurídicas desde una perspectiva material y concreta, que no se desentienda de cómo operan las cosas en la realidad. Hay también, como es lógico, una finalidad clara de tipo sustancial o dogmática: el texto busca lanzar algunas ideas que pongan a prueba las bases teóricas sobre las cuales se suele sustentar el asombroso destierro conceptual que ha sufrido la concesión de servicios públicos en Colombia y abrir un debate sobre la necesidad de dotar a este sector de una legislación especial, que tome en cuenta sus particularidades y, prevalido de su larga tradición y fortalezas probadas, ofrezca a la concesión de servicio público un nuevo aire.

En aras de lograr estos objetivos, en un primer momento se realiza una exposición del drástico cambio de modelo en los servicios púbicos operado en Colombia en los años 90 del siglo XX (1), para examinar después cómo el viejo esquema de prestación monopolista a cargo del Estado procuró a los municipios un importante activo, en cuanto los dotó de una valiosa infraestructura para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado (2). Luego se plantea la incidencia que ha tenido el actual modelo de libre mercado en la gestión de este activo por parte de los municipios (3), para explorar enseguida algunos problemas concretos que ello genera desde una perspectiva dogmática jurídica (4). El artículo cierra con algunas reflexiones finales, en donde se alude a cómo la prenotada tragedia de la concesión del servicio público puede no haber terminado aún, y bien podría conocer un nuevo giro: uno en el cual se venzan los prejuicios teóricos que hasta la fecha han imperado, y le brinden a esta histórica figura una nueva oportunidad en el Derecho de los servicios públicos domiciliarios en Colombia (5).

II. EL CAMBIO PROFUNDO EN EL MODELO DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

De manera análoga a lo sucedido en otras latitudes (2), también en Colombia el primer tramo del siglo XX marcó un cambio significativo en la

(2) G. Ariño Ortiz (2003). *Principios de Derecho Público Económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 137 y ss.

forma como el Estado asume su papel frente a la comunidad. Para el caso de servicios públicos básicos como el acueducto, alcantarillado y la energía eléctrica, los años 30 del siglo XX dieron paso a una importante transformación. Aun cuando para el legislador de entonces no existía la categoría «servicios públicos domiciliarios» (hoy reconocida a nivel constitucional (3), legal y jurisprudencial) y se carecía de un régimen legal sistemático de esta materia, en línea con los postulados introducidos por la reforma constitucional de 1936 sobre el Estado de bienestar, se expidió un importante bloque de normas legales para disciplinar este asunto (4). Hasta ese entonces, comenta Santofimio Gamboa, el modelo imperante «se caracterizaba por la ausencia de intervención, regulación, control o inspección de carácter significativo por parte de las autoridades administrativas nacionales o locales. El régimen de tarifa, ampliación de redes y coberturas quedaban en muchos casos a la iniciativa de los prestadores particulares, sin ninguna injerencia estatal y sí dependiendo de sus intereses y deseos de lucros significativos con su actividad privada» (5).

La reforma constitucional de 1936 marcó, entonces, un notorio punto de inflexión en este campo: formalizó el arribo de las doctrinas jurídicas solidarias y del pensamiento social al país, apuntó a sentar las bases para la modernización del orden jurídico, económico y social nacional (6), y supuso el arraigo de la idea duguitiana de que el Estado era una organización vinculada y legitimada por la prestación de servicios públicos (7). La reforma constitucional de 1936 oficializó esta transformación en la concepción del Estado (8) y llevó a que se expidieran importantes normas que variaron de manera definitiva el panorama en este sector (9).

---

(3) *Vid.* artículos 367-370 de la Constitución.

(4) F. Pardo Flórez (2018). «Los municipios y la gestión de los servicios públicos: entre la limitación de la autonomía y la obligación de garantía», en *Derecho de las entidades territoriales* (Eds. P. Robledo, H. Santaella y J. C. Covilla), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 254 y ss.

(5) J. O. Santofimio Gamboa (2010). El contrato de concesión de Servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado Social y democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos (Tesis Doctoral), Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, p. 291.

(6) Al respecto, véase A. Tirado Mejia y M. Velásquez (1982). *La reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Editorial La Oveja Negra. También F. Hinestrosa (1997). «60 años de la reforma constitucional de 1936», en *Revista de Derecho del Estado*, No. 1, pp. 5 y ss.

(7) *Cfr.* L. Duguit (1926). *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Beltrán, pp. 71 y ss. En Colombia será un notable exponente de estas ideas C. H. Pareja, en cuyo concepto, «[m]ás que para mandar el gobierno se organiza para servir». *Vid.* C. H. Pareja (1937). *Curso de Derecho Administrativo*, Bogotá, Editorial ABC, p. 105.

(8) J. O. Santofimio Gamboa (2010). El contrato de… *Ob. Cit.* pp. 291 y ss.

(9) F. Pardo Flórez (2018). «Los municipios y la… *Op. Cit.*, pp. 354 y ss.

Se destacan así leyes como la Ley 65 de 1936, que declaró como «servicio público fundamental» el abastecimiento de agua (artículo 1), definió las principales reglas para la organización de este servicio a nivel municipal y departamental (artículos 1 y 2) y señaló que aun cuando las obras se ejecutaran con recursos de la Nación, los bienes resultantes de su ejecución «serán entregados por la Nación a los Municipios y pasarán a ser propiedad de éstos», con algunas reservas (artículo 10). En esta misma línea, la Ley 109 de 1936 facultó al Gobierno para revisar la situación jurídica en que se hallaban las empresas que aprovechaban «aguas de uso público para el servicio de acueductos o para producir energía o que ocupen bienes de uso público con redes de acueductos o conductoras de energía» y para «legalizar su funcionamiento» (artículo 1). Señaló asimismo que «[l]as tarifas y reglamentos de las empresas de servicios públicos a que se refiere el artículo anterior, serán sometidas a la aprobación del Gobierno y no podrán regir sin ella» (artículo 2). Y dispuso, entre otras, que «[c]uando se trate de tarifas y reglamentos de empresas de acueducto, el Gobierno se abstendrá de aprobarlas mientras no haya llegado al convencimiento de que el agua que suministra la empresa reúne las condiciones de agua potable» (artículo 3). El Estado intervencionista y prestacional se ponía en marcha. En línea con esta premisa, el artículo 23 de la Ley 126 de 1938 declaró de utilidad pública «la adquisición por la Nación, los Departamentos o los Municipios, de las empresas de producción, conducción y distribución de energía eléctrica, las de teléfonos y las de acueductos, destinadas a prestar servicio público» (artículo 23). También dispuso que estas empresas «quedan sometidas al control del Gobierno Nacional, el cual ejercerá las funciones de fiscalización e inspección técnica y económica que considere necesarias para garantizar una correcta prestación de los servicios» (ídem). Pocos asuntos como la gestión de los servicios de acueducto y alcantarillado encapsulan de forma tan viva los intereses de la comunidad y concitan tanta atención de parte de las autoridades.

El paso del siglo XX vio afianzarse la responsabilidad del Estado frente a la prestación de los servicios públicos domiciliarios; primero de forma centralizada (10) y luego, tras la reforma constitucional de 1986, de la mano de la descentralización administrativa entonces promovida (11). De este modo, en el último tramo del siglo pasado, la prestación de los servicios públicos básicos

(10) Esta situación fue producto de la creación del Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico por la Ley 80 de 1946 y del Instituto de Fomento Municipal por el Decreto 289 de 1950, así como de la reforma administrativa de 1968 y su batería de entes descentralizados por servicios del orden nacional.

(11) La ley 12 de 1986 fortaleció las haciendas locales y el Decreto 77 de 1987, «por el cual se expide el Estatuto de Descentralización en beneficio de los municipios», formalizó la transferencia o devolución o de la responsabilidad de los entes territoriales sobre los servicios de agua potable, saneamiento básico, matadero público, aseo público y plazas de mercado.

en general, y del servicio de acueducto y alcantarillado en particular, seguía siendo una responsabilidad del Estado, pero gestionada desde local. Por esto, el Decreto Ley 1333 de 1896 (Código de Régimen Municipal), al ocuparse de estos asuntos contemplaba en sus artículos 157 y 164 que el municipio podía prestar estos servicios de manera directa [por medio de un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del orden municipal (12)] o indirecta [mediante una entidad descentralizada indirecta o de segundo grado, como una sociedad de economía mixta (13)].

Con todo, los correctivos introducidos al monopolio público por la gestión descentralizada no fueron suficientes para salvar el esquema de los problemas que lo aquejaban. Pocos años después de la reforma constitucional de 1986, en la Asamblea Nacional Constituyente instalada en 1991, al examinar este asunto, se declaraba que «la insuficiencia e ineficiencia, la mala calidad y la corrupción, la burocratización política y lo confiscatorio de las tarifas, unido al total desgreño en el manejo administrativo, ameritan ciertamente, una radical gestión estatal de control y vigilancia, y asimismo, obligan a la Asamblea Nacional Constituyente a buscar soluciones y propuestas realistas pero radicales y con visión futurista» (14) (negrillas fuera de texto).

En este contexto tuvo lugar el drástico cambio de modelo introducido por la Constitución en este frente. Ciertamente, las disposiciones del Capítulo 5° del Título XII del Texto Constitucional (artículos 365-370) siembran las bases para un nuevo modelo, no monopolista y no estatalista, de prestación de servicios públicos en general, y de servicios públicos domiciliarios, en particular. En este bloque de normas, aunque se reconoce a los servicios públicos como «inherentes a la finalidad social del Estado», se impone a las autoridades el deber de «asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional», se reserva al Estado las tareas de regulación, vigilancia y control de los operadores, se faculta al legislador para definir su régimen jurídico y se disuelve el monopolio público, al proclamar que ellos pueden ser «prestados por el Estado, directamente o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares» (artículo 365). En síntesis, a la par que se establece la responsabilidad estatal frente a la garantía de la prestación eficiente de los servicios públicos en todo el territorio nacional, se asigna al Estado un claro papel de regulador y supervisor del sistema y se exalta el nexo vital de estos

(12) Artículo 157.

(13) Artículo 164.

(14) O. Hoyos, C. Lemos Simmonds, R. Lloreda Caicedo, I. Molina, C. Ossa Escobar, A. Yepes Parra (1996). «Ponencia: Régimen económico y finalidad del Estado», en *Gaceta Constitucional*, No. 53, pp. 2 y ss. Tomado de C. Lleras de la Fuente y M. Tangarife Torres. *Constitución Política de Colombia. Origen, evolución y vigencia,* Bogotá, Ediciones Rosaristas – DIKE – Pontificia Universidad Javeriana, pp. 1351-1352.

servicios con el Estado social de Derecho sancionado por la Constitución, se abraza una concepción económica de esta actividad, que abre su prestación a los particulares y pone fin al monopolio público antes existente. Ello, acompañado de una notable reserva de ley en este campo (15), en virtud de la cual se habilitó al legislador para desarrollar e innovar en la definición del régimen jurídico de estos servicios. De esta forma, como a la postre sucedió, se validó constitucionalmente la posibilidad de apartarse del clásico de Derecho Administrativo, tradicionalmente ligado a la actividad administrativa de prestación de estos servicios (16).

No en balde se ha dicho, entonces, que con este marco normativo, el Constituyente de 1991 quiso «de una manera reflexiva y consciente, dar paso a un modelo de gestión [de los servicios públicos] cuyo paradigma es la libre competencia, la libertad de concurrencia y la eficiencia económica» (17). No obstante, la propia Constitución contempla dos nítidas excepciones a este régimen de libertad de empresa y libre competencia: la implantación legal de un monopolio público (artículo 336 (18)) y la reserva al Estado de un servicio público (artículo 365 (19)). Además, en virtud de la reserva de ley contemplada en esta materia, la Constitución permite al legislador desarrollar el régimen jurídico de los servicios públicos e introducir otras figuras exceptivas de la libre competencia. El reconocimiento legal de las áreas de servicio exclusivo (artículo 40 de la Ley 142 de 1994 o LSPD), como supuesto efectivo de exclusión de la competencia respecto de un determinado servicio en un área territorial acotada [no como un supuesto de reserva para el Estado de la titularidad del servicio (20)], permite ilustrar esta situación (21).

---

(15) *Vid.* A. Montaña Plata (2002). *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 93 y ss.

(16) Al respecto, véase, entre otras, de la Corte Constitucional, las sentencias C-263 de 2013, C-150 de 2003, C-066 de 1997 o C-263 de 1996.

(17) D. De la Torre Vargas (2014). *Regionalización de servicios públicos y propiedad municipal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 15.

(18) De acuerdo con lo previsto por el artículo 336 de la Constitución: «Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de una ley».

(19) La figura de la reserva estatal de un servicio público está prevista por el párrafo 2° del artículo 365 de la Constitución, y se supedita a (i) que existan razones de soberanía o de interés social (ii) declaradas por el legislador (iii) mediante ley aprobada por una mayoría absoluta del Congreso (iv) tramitada por iniciativa del Gobierno (v) previa indemnización plena de las personas que resulten privadas del ejercicio lícito de su actividad.

(20) Pareciera ser este el planteamiento, del que se discrepa, de J. C. Covilla Martínez (2014). *Autorizaciones y concesiones en el Derecho Administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 83.

(21) *Cfr.* J. Ramírez Gómez (2003). «Régimen legal de la competencia en servicios públicos domiciliarios», en *Revista de Derecho – Universidad del Norte*, No. 20, pp. 110 y ss.

Sea como sea, la preocupación por ampliar la cobertura, renovar y mejorar las redes, elevar el nivel de calidad de los servicios y promover una mayor eficiencia entre los operadores, llevó al Gobierno de entonces a presentar un proyecto de ley que a la postre sería expedido como la actual LSPD. Con él se quiso dar pleno desarrollo a las opciones de liberalización ofrecidas por el marco fijado por la Constitución e implantar un modelo empresarial de prestación de estos servicios.

Así, según se relata en la exposición de motivos del Proyecto de ley No. 197 de 1992-Senado, los objetivos perseguidos respecto a la cobertura, calidad y eficiencia serían alcanzados gracias a la acción de cinco instrumentos: «*libertad de entrada* a quienes quieran prestar los servicios públicos; *competencia* entre quienes los presten, cuando la competencia sea naturalmente posible; *control* sobre quienes presten servicios públicos en condiciones de monopolio, para evitar abusos en la posición dominante; *vigilancia* sin obstruccionismo burocrático; y *sanciones* eficaces para los infractores de las normas» (22).

El viejo régimen de monopolio públicos y títulos habilitantes quedaba oficialmente atrás. Así se desprende tanto de lo dispuesto por el artículo 10, como de los artículos 9.2 y 186 LSPD. Según el primero de estos preceptos, «[e]s 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», y sin perjuicio, por supuesto, del deber legal de contar con las autorizaciones y permisos de las autoridades competentes para el uso y aprovechamiento de bienes públicos (recursos naturales, bienes de uso público, espectro radioeléctrico, etc.) cuando ello sea requerido (23). Conforme al segundo, el usuario goza de libertad para elegir al prestador del servicio y al proveedor de los bienes indispensables para ello. Según la tercera disposición citada, por último, la LSPD «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». La entrada en vigencia de esta nueva normativa, el 12 de julio de 1994, marcó el fin del régimen anterior.

Bajo el esquema actual la libre entrada y libre competencia son la regla general, exceptuada apenas allí donde se declara un áreas de servicio exclusivo (artículo 40 LSPD). Ni siquiera en los eventos en los cuales se configura alguno de los supuestos excepcionales previstos por el artículo 6° LSPD para

(22) GOBIERNO DE COLOMBIA (1992). Proyecto de ley No. 197 de 1992 – Senado, *Gaceta del Congreso*, No. 162, 17 de noviembre de 1992, p. 39.

(23) Ver artículos 22, 25 y 26 LSPD.

la prestación directa por el municipio se puede entender excluida la libertad de entrada; pues, como se dispone en el inciso final de dicha norma, «[d]e acuerdo con el artículo 366 *de la Constitución Política, la autorización para que un municipio preste los servicios públicos en forma directa no se utilizará, en caso alguno, para constituir un monopolio de derecho*».

III. LA INFRAESTRUCTURA PÚBLICA COMO RESULTADO PREDOMINANTE DEL MODELO ANTERIOR

Como quedó reseñado, la liberalización perfilada por la Constitución y desarrollada luego por la LSPD abrió al mercado en competencia el ámbito de los servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, ello no varió un dato predeterminado por la dinámica propia del modelo anterior: el monopolio público había provisto al Estado, y fundamentalmente a los municipios, con un importante activo: la infraestructura para la prestación de estos servicios básicos. Ello es palpable en los sectores de acueducto y alcantarillado, donde más que privatizadas, las viejas empresas municipales fueron mayormente disueltas y liquidadas para entregar el servicio y los bienes municipales a nuevas empresas públicas o mixtas, concebidas bajo la lógica de la LSPD (24) y creadas libres de las pesadas cargas pensionales, salariales y burocráticas que arrastraban las entidades previamente responsables de estos servicios.

En este orden de ideas, aunque la LSPD contempla la libertad de entrada y el derecho de cada empresa a construir y operar sus propias redes (artículo 28 LSPD), por los costes asociados a la construcción de una nueva infraestructura de acueducto y alcantarillado resulta poco probable en la práctica que un operador entrante quiera desarrollar su propia red. Además, por el carácter vital que tienen el acueducto y alcantarillado para la calificación de una vivienda como digna (25), la legislación urbanística impone a los promotores de proyectos urbanos, a manera de carga urbanística, el deber de desarrollar las redes locales o secundarias y entregarlas al municipio (artículo 39 de la Ley 388 de 1997) (26). Ello también resulta en la generación de nuevos

(24) Según datos del Documento CONPES 4004 de 2020, de los 1.102 municipios de Colombia, 322 cuentan con prestadores directos y en los restantes han constituido empresas de servicios públicos conforme lo estipulado en la LSPD (p. 12).

(25) *Vid.* Corte Constitucional, sentencia T-199 de 2010.

(26) El desarrollo de las redes matrices o primarias se encuentra en cabeza del municipio y de las empresas prestadoras del servicio. En este último caso, la recuperación de la inversión está prevista por vía de tarifa (artículo 39 de la Ley 388 de 1997 y artículo 2.3.1.1.1 numerales 6° y 7° del Decreto 1077 de 2015). De manera excepcional, esta infraestructura podrá ser también desarrollada por el responsable del proyecto urbanístico, siempre que se le garantice la recuperación de la inversión (artículo 36 de la Ley 2079 de 2021).

bienes públicos, que ingresan a la masa de activos municipales afectados a la prestación de estos servicios.

Si bien de este modo se genera un importante activo en cabeza de los entes locales, susceptible de ser gestionado y explotado de manera directa o indirecta por el municipio, no cabe duda que ello termina por tener implicaciones sobre la forma como se presta el servicio. En últimas, el dato de quién gestiona la red resulta determinante de la forma como se presta el servicio: en la práctica, erige una barrera de acceso para nuevos operadores. De aquí que aunque en el plano jurídico no exista una declaración legal de un monopolio público de los servicios de acueducto y alcantarillado (sino todo lo contrario), desde una perspectiva material y económica resulte legítimo considerar que la prestación de estos servicios se comporta como un monopolio natural (27).

Consciente de esta realidad [de hecho, el monopolio natural fue una de las razones por las cuales durante largo tiempo se pensó que el esquema de empresa pública podría funcionar mejor en estos campos (28)], la LSPD, siguiendo el referente de las autoridades regulatorias independientes implantadas en otros ordenamientos, contempló la figura de las comisiones de regulación para cada uno de los sectores primordiales cobijados por la Ley (acueducto y alcantarillado, energía y gas y telecomunicaciones). Su misión, según lo dispuesto por el artículo 73 LSDP, por ende, es «regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de 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».

Sin embargo, como pasa a examinarse, a pesar de la existencia de una regulación capaz de impedir que los operadores que actúan en este monopolio natural abusen o desconozcan los derechos de los usuarios, una normativa híbrida, que oscila entre el Derecho Privado y el Derecho Público, y reconoce una amplia discrecionalidad a los entes municipales y operadores del sector para desarrollar su actividad contractual, no solo ha rodeado de incertidumbre a los contratos celebrados para la gestión de esta infraestructura, sino que ha complejizado la protección de los intereses públicos envueltos en estas contrataciones. A la postre, la senda asumida mayoritariamente por el

(27) A. Cardona López (2018). *Política pública sectorial de agua potable: ha faltado politizar el problema*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, p. 17. Así lo reconoce, incluso, la jurisprudencia administrativa. *Vid.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 19 de junio de 2008, Rad. No. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01.

(28) P. Rosas Balbontin y J. L. Bonifaz Fernández (2014). *Notas sobre la teoría de la empresa pública de servicios de infraestructura y su regulación*, Santiago, CEPAL – Naciones Unidas – República de Francia, p. 23.

Derecho Administrativo colombiano ha terminado por distanciarlo del contrato de concesión del servicio público, convertido casi en una pieza de museo, con no pocas consecuencias que vale la pena examinar.

IV. EL REINO DE LA DIVERSIDAD: CONSECUENCIAS DE LA GESTIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA LOCAL EN UN ENTORNO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Pese al acentuado interés general envuelto en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en línea con el drástico cambio introducido en el modelo de prestación de servicios públicos en 1994, la LSPD contempló en su artículo 31 al Derecho Privado como el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por los operadores de los servicios públicos domiciliarios. Esta regla sería ajustada, pocos años después, por el artículo 3° de la Ley 689 de 2001, que sujetó al Derecho Público «[l]os 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». Con ello se varió sustancialmente la regla inicialmente aplicable a los contratos entre entidades territoriales y empresas, para la gestión de su infraestructura; se matizó en parte el Derecho Privado en materia de contratos de los operadores del sector de acueducto y alcantarillado; y, algo que resulta esencial para este escrito, se puso de relieve la importancia de los contratos celebrados para que una empresa de servicios públicos (oficial, mixta o privada) asuma «la prestación de uno de varios servicios públicos domiciliarios».

Más que alumbrar un nuevo tipo o figura contractual, por esta vía el legislador subrayó o enfatizó la importancia de todos aquellos contratos (cualquiera que sea su modalidad o tipo) que comportan, en la práctica, la prestación efectiva de uno o varios servicios públicos domiciliarios, con independencia de que ninguno de ellos entrañe un monopolio local, legalmente establecido con arreglo a lo previsto por el artículo 336 o al artículo 365 de la Constitución (29). Por ende, aunque el legislador no alude ni nombra de forma específica en este precepto a la concesión de servicios públicos [figura recogida y regulada por el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993 como uno de los contratos estatales típicos (30)], trazó un círculo que quiso abarcar un amplio conjunto de figuras contractuales,

(29) Ello no sucede en el caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, donde, como se ha expuesto, muy por el contrario, fueron liberalizados por el legislador en 1994.

(30) *Vid.* A. Montaña Plata (2018). «Caracterización del contrato de concesión de servicio público en Colombia a partir de la revisión de su génesis y evolución histórica», en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (Eds. A. Montaña y J. I. Rincón), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 649 y ss.

en armonía con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad imperante en este ámbito. No obstante lo anterior, *reconoció que existen contratos que posibilitan la entrega de manos públicas a privadas de la prestación de un servicio.* La misma constatación puede realizarse en la frase 1 del parágrafo 1° del artículo 87 LSPD (31) y en la primera parte del artículo 39.3 LSPD (32).

Ahora bien, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como principio vigente en la contratación pública en Colombia (artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993) y en el campo de los servicios públicos (artículo 31 LSPD) lleva a concluir que, en principio, la remisión comentada al Derecho Público en absoluto supone forzar o excluir el recurso a determinadas modalidades contractuales. De hecho, al comentar la referencia que hace el artículo 39.3 LSPD a la celebración de «concesiones o similares», el Consejo de Estado afirma en 2008 que esta norma:

> *[T]an sólo autoriza a las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar servicios públicos, «o concesiones o similares»; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos. En otros términos, no es factible entender que se está otorgando en concesión la prestación del servicio público, sino la infraestructura que el municipio tenía afecta a la prestación del servicio, lo cual significa que cualquier otro operador puede lícitamente prestar el servicio en la misma área (33).*

No resulta obligado, por tanto, en estos casos, pese a confiarse, en últimas, la gestión de un servicio público, la celebración de una concesión de servicio público. La precitada remisión al Derecho Público (artículo 3° de la Ley 689 de 2001) impone la realización de un proceso de licitación pública para la selección del contratista y somete estos contratos al Estatuto General de Contratación Estatal (Ley 80 de 1993 y normas modificatorias y complementarias); pero no impone la forzosa celebración de una concesión de servicio público. Ello, afirma la jurisprudencia administrativa, habida cuenta que «los artículos 31, 32 y 39 de la ley 142 están construidos a partir del reconocimiento de la libertad contractual, que permita a las partes —sin sujeción a reglas rígidas—

(31) Según esta disposición: «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».

(32) Este precepto se ocupa de una modalidad especial de contratos para la gestión de los servicios públicos domiciliarios, a saber: «Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos (...)».

(33) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. No. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01.

adoptar la modalidad negocial que mejor se ajuste a las circunstancias que rodean la prestación del servicio» (34).

De este modo, las posibilidades de gestión de la infraestructura son variadas, sea por parte del municipio o de su operador (público o mixto) receptor de su infraestructura. Esto, y la debilidad institucional de muchas localidades, ha llevado a que el Gobierno Nacional, primero con el denominado Programa de Modernización Empresarial (1998) y luego con la política de Planes Departamentales de Agua (2007), se preocupe por promover la vinculación de operadores especializados, que además de su conocimiento, experiencia y recursos humanos y técnicos, ofrezcan a los entes locales cofinanciación de las obras y tecnologías necesarias para mejorar la cobertura y calidad del servicio (35). No es, por tanto, extraño, encontrar una amplia gama de contratos celebrados entre titulares de la infraestructura (municipios o empresas públicas o mixtas) y operadores del sector para vincularse, por distintas vías, a su gestión.

Este marco jurídico lleva a que los municipios celebren contratos de concesión de bienes (36), arrendamiento de la red (37), concesión o gestión integral del servicio sujetos al Derecho Privado [por haberse celebrado antes de la entrada en vigencia de al Ley 689 de 2001 (38)] o contratos de operación, financiación y mantenimiento de servicios públicos [previstos por el parágrafo del artículo 87 LSPD (39), entre otros. Eventualmente el ente local puede resolver también no desprenderse de la red y mantenerse a cargo de la prestación del servicio, pero vincular a un tercero para que se ocupe, a cambio de un pago contractual (no de la recepción directa de las tarifas de los usuarios), de los aspectos técnicos de aquella (40). En suma, *pese a ser habitual que al entregar*

---

(34) *Ídem.*

(35) Sobre las bases de estas políticas, véase los artículos 91 y 92 de la Ley 812 de 2003, así como los artículos 100 y 118 de la Ley 1151 de 2007, el Decreto 1425 de 2019 y los documento CONPES 3383 de 2005 y 3463 de 2007.

(36) *Vid.*, p. ej., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 1 de junio de 2017, Rad. No. 11001-03-26-000-2016-00126-00(57688).

(37) *Cfr.*, p. ej., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 19 de junio de 2008, Rad. No. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01.

(38) *Cfr.*, p. ej., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 1 de agosto de 2016, Rad. No. 13001-23-31-000-1997-12331-01(49311).

(39) Aunque afirma que no se trata de una tipología contractual, véase, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 26 de octubre de 2016, Rad. No. 11001-03-06-000-2016-00002-00.

(40) Destaca esta opción C. A. Atehortúa Ríos (2004). «Servicios públicos domiciliarios», en *Régimen jurídico empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas* (Comp. J. C. Cárdenas y C. A. Atehortúa), Bogotá, pp. 77-78.

la infraestructura se confíe también la gestión y prestación del servicio, no es común la celebración de contratos de concesión de servicio público.

Ello puede obedecer a que, como explica el Consejo de Estado, «el principio sobre el cual se fundamenta el nuevo modelo de prestación de los servicios públicos es la libertad de entrada (… [por lo cual]…) resulta obligada inferencia que no es entonces necesaria la concesión para que los particulares presten los servicios públicos. Ésta y otras modalidades contractuales, como los contratos de operación o de gestión o el de arrendamiento [de la infraestructura pública], pueden ser celebradas con ese objeto» (41).

Conscientes de esta realidad, como ya se anotó, las entidades territoriales propietarias de la infraestructura suelen acudir a cualquiera de las distintas figuras contractuales puestas a su disposición por el ordenamiento jurídico para entregar, de manera temporal y onerosa, la gestión de esta infraestructura a una empresa (que puede ser pública, privada o mixta). De hecho, en no pocas ocasiones, en aras de hacer más atractivo su llamado a los operadores privados y alivianar su responsabilidad en la dirección del contrato, o acaso también por prejuicios ideológicos o políticos, las entidades territoriales parecen evadir la concesión, prevista por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 como uno de los contratos en los cuales resulta obligado el pacto de cláusulas excepcionales (caducidad, modificación, interpretación y terminación unilateral) y, en consecuencia, el ejercicio de los poderes exorbitantes allí contemplados por el legislador con miras a asegurar la primacía del interés general (42).

Ahora bien, según esta línea de argumentación que se viene describiendo, la libertad de entrada, de una parte, y la autonomía de la voluntad que preside tanto el régimen de la contratación estatal como de los servicios públicos domiciliarios, de otra, parecerían excluir la forzosa tipificación de una concesión de servicios públicos. Ello, pese a ser una realidad material perceptible que por vía de estos contratos se entrega o traslada la prestación, organización, gestión, explotación de un servicio público (aunque no, naturalmente, se repite, su titularidad), y a ser ese el supuesto genéricamente descrito por el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993 al tipificar el contrato de concesión de servicio público (43).

---

(41) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. No. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01.

(42) *Vid.* C. Deik Acostamadiedo (2019). *Potestades excepcionales en los contratos estatales*, Bogotá, Temis, pp. 12 y ss.

(43) Según este precepto: «Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario *la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público,* o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada

Ciertamente, la línea de razonamiento comentada lleva a concluir que en estos eventos (i) no resulta imperiosa la celebración de una concesión de servicio público. Y (ii) puesto que rige la autonomía de la voluntad, el municipio puede legítimamente optar por la modalidad contractual que mejor se adapte a su necesidad. Esta aproximación termina por marginar notablemente a la concesión de servicio público, y lleva incluso a que se postule «[l]a extinción del contrato de concesión de servicio público en Colombia» (44). El predominio de esta visión lleva incluso a preguntarse si quedaría del todo excluida la negociación de contratos de concesión del servicio público de acueducto y alcantarillado en estos eventos.

En mi criterio, la respuesta negativa se impone. Bajo las reglas legales vigentes mal podría excluirse la celebración de esta clase de contratos. Ello, claro está, bajo el entendido que una concesión del servicio público firmada por un municipio interesado en entregar su infraestructura y transferir su responsabilidad por la atención directa de los usuarios, sin desprenderse de su compromiso con la prestación efectiva del servicio, no se haría bajo la lógica de otorgar un título habilitante (ya que se celebra en el marco de un mercado abierto a la libre entrada) y, mucho menos, de generar un monopolio capaz de excluir *per se* la futura competencia de un operador entrante (45).

Con todo, el criterio que margina la idea de una concesión de servicio público pese a la verificación material del supuesto de hecho legal que tipifica a este contrato (artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993), goza de amplia aceptación en el Derecho Administrativo colombiano. En últimas, como apunta la Sala de Consulta y Servicio Civil en su concepto de 26 de octubre de 2016, en el marco de la LSPD, por obra del ya mencionado principio de libertad de entrada impe-

---

prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden» (cursivas fuera del texto). Sobre cómo la esencia irreductible del contrato de concesión de servicios públicos es, en Colombia, únicamente, conforme a su regulación legal, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, véase A. Montaña Plata (2017). «Caracterización del..., *op. cit.*, pp. 654 y ss.

(44) A. Montaña Plata (2017). «Caracterización del... *Loc. Cit.*, p. 643.

(45) Como se tiene claro en el Derecho Administrativo francés, la celebración de una concesión no necesariamente entraña la instauración de un monopolio público a favor del concesionario. Ello dependerá, naturalmente, del régimen legal del servicio público concedido. *Cfr.* L. RICHER (2014). *La concesión en débat*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, pp. 139 y ss. Dadas las particularidades con que la Constitución ha contemplado la instauración de los monopolios públicos (artículo 336 de la Constitución) y de las reservas estatales de servicios públicos (artículo 365 de la Constitución), dicho principio resulta plenamente aplicable al ordenamiento colombiano.

rante, «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» (46). La idea de una concesión del servicio parecería quedar, así, descartada.

La regulación sectorial transita esta misma línea. Así, el artículo 1.3.1.7 de la Resolución 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Acueducto y Alcantarillado (CRA), dispone que «[d]e conformidad con lo establecido en los Artículos 10 y 22 de la Ley 142 de 1994, no se requerirá de contratos de concesión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios regulados por la presente resolución, con excepción de los casos en los cuales se establezcan áreas de servicio exclusivo en los términos del Artículo 40 de la Ley 142 de 1994».

La doctrina más reconocida es concordante con esta postura y subraya que en los casos de concesión o arrendamiento de la infraestructura «no se entrega a un tercero la habilitación para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, pues este tipo de habilitación se suprimió en Colombia (...) [L]a entidad territorial solo entrega al tercero contratante la red o elementos de la misma, pero en realidad no le otorga concesión para los servicios» (47). En esta misma senda, influido por la doctrina clásica del servicio público francés, un destacado sector de la literatura nacional ha entendido que en estos eventos no puede haber concesión de servicio público. El motivo: su firma presupone que «la entidad pública concedente es la titular del servicio público que se concede y por eso puede celebrar ese contrato» (48). Por ende, se dice, en estos eventos «no se otorga propiamente la prestación del servicio, que es libre, sino que lo que se permite es el uso de la red, que es un bien de propiedad de quien la ha construido o está gestionado el servicio» (49).

---

(46) Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 26 de octubre de 2016, Rad. No. 11001-03-06-000-2016-00002-00.

(47) C. A. Atehortúa Ríos (2004). «Servicios públicos..., *op. cit.,* p. 80.

(48) A. Montaña Plata (2017). «Caracterización del...», *op. cit.,* p. 655. En igual sentido, véase J. C. Cárdenas Uribe (2003). *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 139. También J. C. Covilla Martínez (2014). *Autorizaciones y..., op. cit.*, p. 94. Según afirma este último autor, «la concesión puede otorgarse solo en los casos en los que el sector específico donde actúa la concesión ha sido reservado al Estado, como cuando en materia de la prestación de un servicio público el determinado sector es sacado de la prestación liberalizada y, por medio de una ley, se traslada dicha prestación al Estado» (p. 94).

(49) J. C. Cárdenas Uribe (2003). *Contratos en el..., loc. cit.,* p. 54. En sentido análogo, véase también H. Palacios Mejia (1999). *El Derecho de los servicios públicos,* Bogotá, Derecho Vigente, p. 77.

Con todo, con ser cierto que el esquema legal implantado por la LSPD no condiciona la prestación del servicio por un particular a la previa celebración de un contrato de concesión que, a manera de título habilitante, le brinde la autorización para desarrollar dicha actividad (lo cual, se reitera, se encuentra constitucional y legalmente excluido, salvo en los supuestos de monopolio o reserva estatal legalmente instaurados), no lo es menos que *ello tampoco resta validez o excluye en absoluto la legitimidad de la celebración de esta clase de contratos allí donde la autoridad encuentre procedente su celebración, en los términos ya expuestos (esto es, consciente de que no entrega un título habilitante y de que su celebración no constituye ni engendra un monopolio a favor del concesionario).* Pareciera, en todo caso, que en la regulación sectorial, como en la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, palpita el temor a que la celebración de un contrato de concesión de servicio público, por su reminiscencia del viejo esquema, pueda entenderse como un regreso al pasado y una negación de la libertad de entrada (50).

Estas reservas conducen a que esta concepción mayoritaria, que supedita la concesión de servicio a la titularidad del mismo, valide, en todo caso, su celebración únicamente en los eventos autorizados de forma especial por la ley o una norma de superior jerarquía (51). La asunción de esta visión ha llevado al Consejo de Estado a restringir esta clase de contratos, en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, a los supuestos expresamente previstos por la LSPD, a saber: el artículo 40, para las áreas de servicio exclusivo, y el artículo 61 LSPD, en caso de liquidación de una empresa de servicios públicos (52). Curioso: en ninguno de estos dos casos podría sostenerse que hay una reserva estatal del servicio, puesto que no se dan las condiciones fijadas por el artículo 365 de la Constitución para ello. Sin embargo, para quienes sostienen esta postura, la decisión del legislador parecería levantar aquí una especie de talanquera que, en mi caso particular, no resulta evidente.

Sea como sea, producto de esta tesis, *se relega al contrato de concesión de servicios públicos a eventos muy excepcionales y se arrumba en un lugar muy poco significativo en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios.* Sin embargo, como pasa a verse enseguida, pese a ser este el panorama jurídico-formal, una mirada no formalista permite apreciar las cosas con otra luz.

---

(50) En este sentido, véase la multicitada providencia de 19 de junio de 2008 de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Rad. No. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01), donde se afirma que bajo el esquema actual «[e]l monopolio y la concesión fueron sustituidos por la libre competencia, la cual, además, ostenta en el nuevo ordenamiento constitucional el carácter de derecho constitucional colectivo (arts. 88, 333 y 365 CN)».

(51) A. Montaña Plata (2017). «Caracterización del…, *op. cit.,* p. 655.

(52) Así, p. ej., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 26 de octubre de 2016, Rad. No. 11001-03-06-000-2016-00002-00.

Dada la situación de monopolio natural imperante en este campo, no obstante celebrarse contratos que tienen por objeto formal la entrega o gestión de un bien, en la *praxis* se termina confiando la gestión de un servicio público. No llamar a las cosas por su nombre da lugar a situaciones que merecen ser analizadas.

V. ALGUNAS DISTORSIONES APAREJADAS A LA NEGACIÓN DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO COMO VEHÍCULO APTO PARA LA TRANSFERENCIA DE LA GESTIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN COLOMBIA

Desde una perspectiva jurídica, por la condición de monopolio natural que presenta el sector de acueducto y alcantarillado, la negativa a admitir que, en la práctica, en buena parte de los casos la celebración de algunas de las modalidades contractuales habilitadas para transferir la gestión de esta infraestructura del ente territorial a un operador supone la verificación del supuesto de hecho previsto por el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993 para el contrato de concesión de servicios públicos, plantea algunos inconvenientes que vale la pena resaltar. Ello, naturalmente, sin contar con las inquietudes que esa misma situación origina desde el punto de vista financiero (*v. gr.* en punto a la remuneración del contratista y a las regalías que este debe cancelar al municipio), administrativo (p. ej. en cuanto a la configuración adecuada de la cláusula de reversión) o técnico (*i. a.* lo referente a compromisos de mejoramiento del servicio, la red o el alcance de la supervisión que debe ejercer el ente local), que no se abordan en este escrito por rebasar ampliamente la competencia de quien escribe estas líneas.

1. La incertidumbre jurídica y las distorsiones para garantizar plenamente la primacía del interés general

De forma extendida se ha entendido que las denominadas cláusulas excepcionales previstas por los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 expresan una garantía del interés general envuelto en la actuación contractual de una entidad estatal (53). Sin embargo, puesto que se ha visto en ellas el ejercicio de poderes exorbitantes, la jurisprudencia administrativa se ha inclinado a señalar que su pacto procede solo en los eventos en que ello ha sido expresamente

(53) *Cfr.* J. L. Benavides Russi (2019). «Cláusulas excepcionales, potestades públicas y poderes unilaterales de la Administración contratante: prerrogativas, derechos y cargas», en *Las transformaciones de la Administración Pública y del Derecho Administrativo* (Ed. H. Santaella), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 180 y ss.

autorizado por la ley (54). Producto de esta idea, que impone proceder con apego a una legalidad estricta en este ámbito, su operatividad se restringe a lo explícitamente previsto por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esto es, a los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.

Lo anterior supone que, con independencia de que no se celebre formalmente un contrato de concesión (de servicio o de bien público), la consideración de que se suscribe un contrato para «la prestación de servicios públicos» resultaría suficiente para pactar (y más aún, entender pactadas aún en defecto de su expresa estipulación (55)), las cláusulas excepcionales de caducidad, modificación, interpretación y terminación unilateral del contrato. Ello, se repite, como mecanismo de afianzamiento y protección del interés general envuelto en esta clase de contratos. Sin embargo, la indeterminación envuelta en la expresión «contrato para la prestación de servicios públicos» siembra de dudas dicho panorama.

La perspectiva se ensombrece aún más cuando se suscribe un contrato de arrendamiento de la red, respecto del cual el mismo artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (en su parágrafo) excluye de tajo el pacto de cláusulas excepcionales. ¿Podría, entonces, pese a dicha prohibición expresa, pactarse y darse aplicación a las facultades exorbitantes a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993?

Lo expuesto permite apreciar que surge (sin necesidad) un debate en torno a si algo en teoría esencial para la preservación del interés general, procede o no en estos casos. Lo que debería estar fuera de discusión pasa a asentarse sobre arenas movedizas. La consecuencia: el inocultable riesgo jurídico para los poderes de dirección y seguimiento al contrato por parte de la entidad, puestos injustificadamente en entredicho.

Un debate similar puede tener lugar cuando se pacta alguno de los otros contratos, distintos de la concesión (*v. gr.* contratos de administración de la red o de operación, financiación y mantenimiento de servicios públicos). De nuevo: aunque desde una perspectiva material es innegable que encierran contratos para «la prestación de servicios públicos», formalmente su objeto es otro. Y ninguno de ellos figura nominalmente en el listado de contratos en los que se

(54) Véase, p. ej., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 30 de noviembre de 2006, Rad. No. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832).

(55) Según lo previsto por el inciso 3° del numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, «[e]n los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente».

autoriza de forma expresa el pacto de cláusulas excepcionales, contenido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

La incertidumbre jurídica y las borrosas condiciones para asegurar la primacía del interés general se ratifican si se tiene en cuenta lo sucedido con el artículo 1.3.4.10 de la Resolución 151 de 2001 de la CRA, previsto como una regla enderezada a salvaguardar el interés público envuelto en la adecuada prestación del servicio en los eventos en los que, por cualquier vía contractual autorizada, esta es entregada a un operador. Según este precepto:

> *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. <Artículo integrado y unificado en el artículo 1.2.12.10 de la Resolución CRA 943 de 2021. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 2.3.6.3.3.12 del Decreto 1077 de 2015> <Aparte subrayado NULO> 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 fórmulas 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.*
>
> *Así mismo, en estos contratos se indicará en forma expresa las sanciones que por incumplimiento de los criterios, características, indicadores y modelos o por la no ejecución de los programas, se pueden imponer a la persona prestadora del servicio y los mecanismos de que se dispondrá para garantizar la permanencia en la prestación de los servicios a los usuarios.*

Se trata, como es apreciable, de una regla que buscaba conciliar la idea de libertad de escogencia de la modalidad contractual por parte del municipio con la preocupación por que ello no afecte o mengue su capacidad de garantizar la prestación efectiva y de calidad del servicio. En últimas, procura, justamente, evitar que el recurso a una figura negocial ajena a esta clase de inquietudes (extrañas al mundo de los negocios privados) pueda tener ese impacto negativo. La regla fijada pareciera evidenciar que el regulador es consciente de que se está frente a «un contrato o convenio, cualquiera sea su naturaleza o denominación, [en virtud del cual] se transfiera la posibilidad a una entidad oficial, mixta o privada de prestar uno o varios servicios»; esto es, un acuerdo de especial trascendencia para la comunidad, razón por la cual resulta crucial blindar el compromiso del contratista con un desempeño óptimo frente a la comunidad.

Con todo, pese a su relevancia y plena justificación, el apartado subrayado y en negrilla fue declarado nulo por el Consejo de Estado; quien, en sentencia de 5 de marzo de 2008 (56), sin reparar en que ello estaba dirigido a contratos sometidos al Derecho Público (como los celebrados por entidades territoriales), encontró que el órgano regulador había desbordado su competencia al fijar tales requerimientos. De acuerdo con el razonamiento del Alto Tribunal, que en absoluto eleva un llamado de atención a los entes locales sobre la necesidad de llevar contenidos análogos al clausulado de sus contratos:

> *[L]as excepciones a la aplicación de este régimen de derecho privado a los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, están expresamente consagradas en la ley, pues como ya se vio, es la misma Ley de Servicios Públicos Domiciliarios —142 de 1994— la que establece de manera concreta y específica, unas serie de disposiciones especiales, relativas a la contratación de esta clase de entidades, dentro de las cuales se encuentra precisamente y a título de ejemplo, la autorización expresa a las comisiones de regulación, para establecer en qué contratos es obligatoria la inclusión de las cláusulas excepcionales.*
>
> *Sin embargo, dentro de esas disposiciones relativas a los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, no se halla ninguna que autorice a las comisiones, para establecer como cláusulas obligatorias de los mismos, las relativas a la sujeción del prestador del servicio a los programas, criterios, características, indicadores y modelos a los cuales debe someterse para prestar el servicio; las sanciones a que está sujeto por incumplimiento de tales programas, criterios, etc., y los mecanismos de que se dispondrá para garantizar la permanencia en la prestación del servicio a los usuarios; estipulaciones que, por otra parte, no son elementos esenciales de tales contratos y por lo tanto, no es legalmente obligatoria su inclusión.*

Subsiste, en todo caso, la regla prevista por el artículo 1.3.4.4. de la Resolución 151 de 2001 de la CRA (hoy integrado en el artículo 1.12.4 de la Resolución 943 de 2021 de la CRA), según la cual:

> *Cuando el Municipio encomiende a un tercero la prestación total o parcial de los servicios a través de transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina a la prestación de los servicios públicos, en su condición de responsable de la prestación eficiente de los mismos, está en el deber de vigilar en forma permanente el cumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de la persona prestadora de los servicios, en especial lo referente a la sujeción a las tarifas, fórmulas tarifarias e indexación o incremento de las mismas, así como el sometimiento a los indicadores a que, en virtud del principio de integralidad, está asociada la tarifa.*

(56) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2008, Rad. No. 11001-03-26-000-2001-00029-01(20409).

Esto significa que con independencia del vehículo contractual escogido, existen mecanismos regulatorios sectoriales dirigidos a asegurar que el municipio pueda hacer un seguimiento efectivo de la prestación eficiente del servicio por el operador con quien celebró el respectivo contrato. Sin embargo, ello no excluye el debate sobre la mayor garantía que para la primacía del interés general puede representar, en concreto, el contar con una Administración provista de las facultades que encarnan las cláusulas excepcionales. Tampoco anula las incertidumbres aparejadas a la notable discrecionalidad administrativa derivada de la autonomía de la voluntad reconocida en este ámbito. Finalmente, procede también preguntarse por lo justificable que resultan las considerables diferencias entre municipios que este modelo puede auspiciar, en especial tratándose de una cuestión de indiscutible trascendencia para todas las comunidades. Ciertamente, el éxito de unas localidades contrasta con las dificultades de otras; con el agravante que ello se traduce en vínculos contractuales vigentes por lapsos prolongados de tiempo. Así, aunque la proliferación de fórmulas diversas pueda resultar explicable a la luz de la autonomía garantizada por la Constitución a las entidades territoriales (artículo 287), quizás la importancia de la materia, la consabida debilidad institucional de múltiples municipios y la vulnerabilidad de sus autoridades frente a las tramas de corrupción justificarían un recorte de la autonomía de la voluntad imperante en este frente, enderezada a zanjar discusiones innecesarias y a salvaguardar los intereses generales superiores que se identifican en este campo (57).

2. Las distorsiones a los tipos contractuales utilizados

Otra realidad problemática que surge del esquema de autonomía de la voluntad imperante para escoger los municipios, con libertad, la figura contractual para la entrega de la infraestructura pública al operador, es que, debido a la preocupación anotada en la sección anterior, se termina por desfigurar los tipos contractuales elegidos, para aproximarlos (acaso inadvertidamente) a la concesión de servicio público.

El caso más llamativo, sin duda, es el del arrendamiento de la red; un negocio jurídico perfectamente legítimo para la entrega del uso de bienes entre

(57) La decisión del legislador de imponer los denominados «pliegos-tipo» para la contratación estatal (Leyes 1882 de 2018 y 2022 de 2020), como un mecanismo para contrarrestar la rampante corrupción que lastra a este sector de la actividad administrativa, es un buen ejemplo de cómo a veces menos discrecionalidad administrativa (o autonomía de la voluntad, en este ámbito) puede constituir en remedio que vale la pena intentar. En la sentencia C-119 de 2020 la Corte Constitucional encontró que esta opción del legislador no resultaba contraria a la garantía de la autonomía territorial constitucional consagrada, y se encontraba plenamente justificada.

particulares o sujetos regidos por el Derecho Privado, que, francamente, casa mal con la enorme responsabilidad envuelta en la gestión de una infraestructura municipal para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado. Un ejemplo de la jurisprudencia permite apreciar lo anterior. Cuestionado en su validez uno de estos contratos ante la jurisdicción administrativa bajo el cargo de encubrir un contrato de concesión de servicio y tratarse, por tanto, de un «contrato de arrendamiento simulado», el Consejo de Estado encontró que tal señalamiento carecía de fundamento. Los ya reseñados principios de libre entrada y autonomía de la voluntad sirvieron de base para esta desestimación. Según el razonamiento del Alto Tribunal, en este ámbito:

> *[L]la ley autorizó tanto la celebración de gestión u operación, como de «concesiones» o de otros que la autonomía de las partes defina – como es el arrendamiento (el cual está previsto como una modalidad posible por el artículo 1.3.4.9 de la Resolución CRA 151 de 2001)— todos ellos sobre la infraestructura de los bienes afectos al servicio (…).*
>
> *(…)*
>
> *[S]e reitera que por virtud del principio constitucional y legal de libertad de entrada, no se precisa habilitación legal ni se requiere de contratos de concesión (art. 1.3.1.7 Resolución CRA 151 de 2001) para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, salvo cuando por motivos de interés social y con el propósito de extender la cobertura se establezcan, mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivo en las cuales puede acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los servicios en la misma área durante un tiempo determinado, previa definición de los niveles de calidad que debe asegurar el contratista (arts. 40 y 174 de la ley 142, art. 9 ley 632, art. 6 decreto 891 de 2002 y Resolución CRA 151 de 2001, sección 1.3.7).*
>
> *(…)*
>
> *No puede hablarse, pues, de que se esté «simulando» un arrendamiento, cuando se trata de una concesión en realidad, como asegura el actor popular, puesto que la figura jurídica celebrada está permitida por el ordenamiento jurídico (58).*

Sin embargo, y he aquí lo curioso, al examinar lo concerniente a si ese contrato de arrendamiento se conformaba o atentaba contra el derecho colectivo al patrimonio público (artículo 88 de la Constitución), el Consejo de Estado no duda en afirmar que «la amenaza al patrimonio público alegada por el actor proviene efectivamente de una falta de un compromiso contractual claro y preciso en cuanto a las metas de ampliación de cobertura, mejoramiento de la calidad y consecuencial expansión y mejoramiento del servicio» (59). Para

(58) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 19 de junio de 2008, Rad. No. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01.

(59) *Ibídem.*

mayor sorpresa, al entrar a examinar el detalle del señalamiento de entrañar dicho contrato una afectación al derecho colectivo al patrimonio público, la Corporación estima el cargo y encuentra su fundamento en el deficiente contenido del contrato desde la óptica de la conservación, expansión y mejora de la red. No parece reparar el juez administrativo en que examina un contrato «de arrendamiento», cuya invalidez se pidió y desestimó, justo por haber encontrado legítima la celebración de esa clase de negocios jurídicos para instrumentalizar este tipo de transacciones. Sea como sea, según explica el Consejo de Estado, frente a la imputación de lesionar el patrimonio público:

> *[L]a Sala encuentra que el comportamiento desplegado por los accionados en la celebración del contrato de operación se observa amenaza al patrimonio público, en tanto no obstante hacerse entrega de toda la infraestructura del servicio y de permitirse con ello el acceso a un mercado entero que entraña una suerte de «monopolio natural», en los términos arriba expuestos, no se advierten compromisos claros, precisos y verificables en el negocio jurídico celebrado ni en los documentos que sirvieron de base al mismo como los pliegos de condiciones y la oferta presentada, en orden a ampliar la cobertura y a mejorar la calidad del servicio a la población de Puerto Tejada, en particular en cuanto hace al deber de invertir en el mantenimiento, recuperación y expansión del bien público explotado, tal y como se expuso en el apartado de pruebas.*
>
> *Con fundamento en el análisis de las pruebas arriba expuesto, la Sala tiene bases suficiente para concluir que en este evento se configuró amenaza al derecho colectivo al patrimonio público, en cabeza de los demandados, toda vez que se demostró la anomalía anotada al quedar establecido en el plenario un comportamiento lesivo con ocasión de la celebración del negocio jurídico que entraña una amenaza cierta en relación con los bienes afectos a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, como que del contenido obligacional a cargo del operador arrendatario que los gestiona y administra, no se advierte un compromiso claro y preciso en punto de ampliación de la cobertura y mejoramiento de la calidad del servicio en el marco de la obligación constitucional, legal, reglamentaria y regulatoria de univerzalizar la prestación del servicio (arts. 2.1, 2.2, 2.5, 11.1 y 25 de la ley 142).*

Fruto de este análisis, el Consejo de Estado declara la afectación al derecho colectivo al patrimonio público. Y para enmendar esta situación concede un plazo de 6 meses «para que las partes procedan a la modificación del citado contrato, el cual deberá incluir una cláusula nueva en la que se regularán los siguientes aspectos: i) las obras que se requieren para la expansión y optimización del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio; ii) la forma y metodologías que serán utilizadas para verificar los compromisos contractuales contraídos en materia de cobertura y calidad del servicio y iii) la interventoría que será realizada, todo de conformidad con el marco legal, reglamentario, regulatorio aplicable y teniendo en consideración lo expuesto en la parte motiva de este fallo y en el inciso primero de

este ordinal resolutivo». ¿No se desfigura y desnaturaliza así el contrato de arrendamiento? ¿No sería mejor llamar a las cosas por su nombre, reconocer que no solo se entrega el uso de un bien y recurrir a un vehículo negocial capaz de englobar, encausar y satisfacer todas las necesidades, expectativas y responsabilidades del municipio?

Causa perplejidad que el Consejo de Estado eche en falta, en el clausulado de un contrato de arrendamiento (que viene de declararse lícito o legítimo en este contexto), «un compromiso claro y preciso en punto de ampliación de la cobertura y mejoramiento de la calidad del servicio en el marco de la obligación constitucional, legal, reglamentaria y regulatoria de univerzalizar la prestación del servicio». Dos observaciones al respecto: la primera, solo a costa de desfigurar por completo esta figura contractual podría enriquecerse su contenido con unas obligaciones como las que el juez administrativo echa de menos en este caso. La segunda, si al examinar dicho contrato de arrendamiento, cuyo contenido obligacional parecía conformarse al de cualquier otro contrato de esa especie, el Consejo de Estado encontró que se afectaba el derecho colectivo al patrimonio público, *parecería razonable concluir que o bien existe alguna incompatibilidad de base entre la utilización de esta clase de contratos y la gestión de un activo vital y estratégico para una comunidad como es la infraestructura de acueducto y alcantarillado* (cuya gestión, como se ha recalcado ya, supone, en últimas, confiar a su operador la prestación del servicio), y por lo tanto debería prescindirse de su empleo; *o bien es preciso estructurar una regulación especial para el arrendamiento de esta clase de bienes.* No puede perderse de vista que el contrato de arrendamiento, según el artículo 1973 del Código Civil, «es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado». Cualquier estipulación enderezada a fijar elementos más allá del valor del canon y la especificación del bien arrendado (puesto que en este caso se trata inequívocamente de un arrendamiento de bien) y a particularizar su uso, será ajena a su contenido esencial y natural (60), y deberá serle agregado por vía de cláusulas accesorias. Las cuales, debe subrayarse, en ningún caso podrán desnaturalizarlo, so pena de que el contrato degenere o resulte en otro diferente; puesto que la identidad de un negocio jurídico no

(60) Según el artículo 1501 del Código Civil, «[s]e distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales».

depende del nombre con el que lo designan las partes, sino de su naturaleza y función económico-social (61).

De otro lado, el análisis de un contrato de concesión de la infraestructura, en principio ideado bajo el molde de la concesión de bien público del artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993, también permite evidenciar cómo, en la práctica, la preocupación de las partes rebasa lo puramente vinculado a la gestión del bien y se extiende también a la prestación del servicio. El resultado: *una figura híbrida,* que rompe los moldes legales, que siguen el Derecho Administrativo clásico y su tradicional distinción entre concesión de obra, bien y servicio público. El análisis de un caso concreto permite verificar lo anterior.

Para ello se toma como referencia el contrato de concesión celebrado el 4 de diciembre de 2001 entre el MUNICIPIO DE SOLEDAD y la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BARRANQUILLA S.A. E.S.P. Su objeto: *«entregar en concesión, para la financiación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y operación, la infraestructura de los servicios de acueducto y alcantarillado y de sus actividades complementaria en el Municipio de Soledad».* Las obligaciones del concesionario, pactadas en la cláusula 5ª del contrato, son de lo más variadas. Algunas de ellas se transcriben a continuación:

i) Cumplir con el objeto del contrato, para lo cual destinará todos los recursos materiales, técnicos, operativos, y humanos que sean indispensables para garantizar su cabal ejecución en forma eficiente y oportuna.
ii) Cumplir con todas las disposiciones contenidas en la Constitución Política, leyes, reglamentaciones y regulaciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico vigentes al momento de celebración del contrato.
iii) Operar y administrar la infraestructura recibida en concesión para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, a partir de la suscripción del acta de iniciación.
iv) Realizar, en los montos y bajo las condiciones y modalidades previstos en el presente contrato, los aportes económicos a su cargo.
v) Realizar la facturación del consumo y su recaudo de cada suscriptor y/o usuario.

(61) Al respecto, el Consejo de Estado, en la precitada sentencia de 1 de agosto de 2016, recuerda que dicha Corporación «en sendas ocasiones ha sostenido que al margen de la denominación que se le imprima a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o se convertiría en otro diferente». *Vid.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 1 de agosto de 2016, Rad. No. 13001-23-31-000-1997-12331-01(49311). En el mismo sentido, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Rad. No. 25000-23-26-000-1994-00071-01 (14390).

vi) Cumplir con las metas del servicio de los sistemas de acueducto y alcantarillado tanto con las mínimas\exigidas en el anexo 1 del documento general de contratación directa, como las adicionales propuestas por el CONCESIONARIO.

vii) Realizar la operación y mantenimiento de la infraestructura de los sistemas de acueducto y alcantarillado del MUNICIPIO DE SOLEDAD, de conformidad con lo dispuesto en el documento general de contratación directa y en el presente contrato.

viii) Diseñar planes de contingencia e caso de eventos que puedan afectar la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado.

ix) Mantener y operar el laboratorio para análisis de las aguas crudas, tratadas y residuales, destinado al control de calidad del tratamiento, de modo tal que se permita realizar todas las determinaciones y pruebas requeridas en un sistema de tratamiento de agua potable de acuerdo con lo establecido por el Ministerio de Salud o por las autoridades correspondientes.

x) Revertir la infraestructura de los servicios de acueducto y alcantarillado entregada en concesión , al momento de terminación del contrato

xi) Contratar las pólizas de seguro exigidas en este contrato y mantenerlas vigentes en los montos y durante el tiempo que aquí se dispone para cada una de ellas.

xii) Aplicar el régimen tarifario y de subsidios a los usuarios de los servicios públicos, con sujeción a la ley, el reglamento y la oferta.

xiii) Recibir y tramitar las quejas, reclamos, recursos, peticiones que sean presentadas por los usuarios o suscriptores de los servicios públicos, con sujeción a Ja Ley 142 de 1994, sus disposiciones reglamentarias y las demás normas que regulan esta materia.

xiv) Presentar al MUNICIPIO planes y programas de inversión, a efectos de trabajar conjuntamente con este en la consecución de los recursos económicos para su ejecución. Dichos planes y programas deben beneficiar a los usuarios de menores ingresos del MUNICIPIO, siempre que sea técnicamente aconsejable.

xv) Mantener actualizado el inventario general de los bienes afectos a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, en el que deberá incluir los bienes entregados por EL MUNICIPIO o los que haya adquirido o construido durante el periodo de concesión, así como las bajas, reemplazos o sustituciones que hubiera dispuesto (cursivas fuera de texto).

Como se evidencia, varias de estas obligaciones responden inequívocamente a un contrato de concesión de un bien público (p. ej. las previstas en los numerales i-iv, vii, x, xi y xi). Sin embargo, parece claro que hay también obligaciones (resaltadas en cursiva) más propias de una concesión de servicio que de bien público (p. ej. las contempladas en los numerales v, vi, viii, ix, x, xiii y xiv). Aunque se suele separar de manera categórica los objetos de las concesiones de obra, bienes y servicios públicos, no puede causar extrañeza

que en la práctica se entrelacen. Y en esta imbricación, por la amplitud de su objeto, parecería lógico que la concesión de servicio público podría, sin problema alguno, englobar el objeto de las otras dos especies (no así a la inversa, aunque nada obsta para que una concesión de bien público vincule también un componente de obra pública; que vendría a ser, en este orden, la especie o escalón menor de esta escala).

Aunque metodológicamente es discutible que el estudio de un solo caso permita generar conclusiones válidas para una generalidad, ello no resta valor a la conclusión que arroja el análisis del caso examinado: *parece nítido que el contenido obligacional de la concesión de bien público se enriqueció con no pocas obligaciones propias de una concesión de servicio público*. Ello expresa claramente la preocupación de las partes por trascender un vínculo negocial puramente centrado en la gestión de un bien o infraestructura; revela su intención (¡natural por lo demás!) de procurar condiciones apropiadas para la efectiva y eficiente prestación del servicio.

De esta forma se explica que en virtud de una obligación contractual, el concesionario de bien termine asumiendo obligaciones frente a la prestación del servicio (algo que, según expone el planteamiento mayoritario, no depende de ningún contrato). Más aún, ello permite entender que en adición a lo anterior, se le encomiende también la responsabilidad de expandir y mejorar la red, con recursos propios o del municipio, a unos precios que no se pactan *ex ante* y que no se computan en la tarifa inicialmente ofrecida. El resultado, sin duda, es *un contrato con un alcance progresivo indeterminado, elástico y con un contenido formal que integra elementos de la concesión de bien, servicio y de obra pública*. Es, por ende, un contrato que *escapa de los moldes clásicos del Derecho Administrativo, que ha separado cada una de las modalidades específicas de concesión, dando la espalada al* continuum *de prestaciones que se puede dar en la práctica (62), y que difícilmente se enmarca en su totalidad dentro de los cánones tradicionales de la planeación* que rige al contrato estatal.

Vistas las cosas desde esta óptica, parece razonable evidenciar de nuevo la necesidad de un régimen legal especial que discipline esta clase de contratos públicos. Tanto la trascendencia de su objeto, como del fin social que persigue y de los ingentes recursos públicos involucrados en su ejecución, parecerían reforzar esta impresión. La aparente inadecuación de la regulación legal actual (general, para el ámbito de los servicios públicos domiciliarios en conjunto) para disciplinar de forma adecuada estos arreglos tan solo acentúa lo anterior.

---

(62) Al respecto, véase J. O. Santofimio Gamboa (2010). El contrato de… *Ob. Cit.* pp. 58 y ss.

VI. REFLEXIONES FINALES

Como se desprende de lo analizado, la tragedia de la concesión del servicio público puede no haber terminado aún. Como en cualquier histórica épica, la concesión de servicios públicos todavía puede resurgir de las cenizas y recobrar el lustre y utilidad de antaño; en otro escenario (un mercado en competencia) y compartiendo protagonismo con un nuevo elenco (que incluye desde las autoridades de regulación y supervisión del sector, a los operadores —de todos los tamaños y procedencias—, la banca multilateral, comunidades empoderadas y activas, jueces de tutela y de derechos colectivos, hasta las autoridades locales y los órganos de control), por supuesto. Pero no parece muerta ni descartada para siempre.

De acuerdo con lo expuesto, existen razones para vencer los prejuicios teóricos que hasta la fecha han imperado y han relegado a la concesión de servicios públicos a un segundo plano. Su nuevo lugar en el Derecho de los servicios públicos domiciliarios en Colombia no puede más que partir del reconocimiento, ya hecho por el legislador y por la CRA, de que existen contratos en los cuales se entrega la prestación del servicio, además de la simple o sola gestión de la infraestructura municipal. Es lo que expresamente dispone el artículo 3° de la Ley 689 de 2001, al preceptuar que existen contratos celebrados entre un ente territorial y una empresa de servicios públicos, en virtud de los cuales esta asume «la prestación de uno de varios servicios públicos domiciliarios». De forma similar, el artículo 1.3.4.4. de la Resolución 151 de 2001 de la CRA (hoy integrado en el artículo 1.12.4 de la Resolución 943 de 2021 de la CRA), hace referencia a supuestos contractuales en los cuales el municipio «encomiende a un tercero la prestación total o parcial de los servicios a través de transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina a la prestación de los servicios públicos».

Los inconvenientes jurídicos que origina la postura mayoritaria han quedado expuestos en las líneas anteriores. No es extraño hoy leer en la prensa noticias sobre la inconformidad de un municipio con el servicio prestado por el contratista que gestiona su red (63). Para no jugar la suerte de un ámbito

(63) El ejemplo más reciente es el del municipio de Soacha, cuyo alcalde anunció este 2022 la creación de una empresa de servicios públicos municipal, dada su inconformidad con el servicio y la falta de inversiones por parte de su contratista. *Cfr.* SEMANA. «Soacha se divorcia del Acueducto de Bogotá y crea su propia empresa de servicio público», en *Semana* (versión electrónica), publicado el 6 de julio de 2022 (consultado el 14 de julio de 2022). Disponible en: https://www.semana.com/nacion/articulo/soacha-se-divorcia-del-acueducto-de-bogota-y-crea-su-propia-empresa-de-servicio-publico/202205/ También son conocidos los problemas derivados del contrato de arrendamiento de la infraestructura celebrado entre el Distrito de Santa Marta y el operador Metroagua. *Vid.* EL TIEMPO. «Alcaldía e INASSA enfrentados por terminación de contrato», en *El Tiempo* (edición digital), publicado el 3 de agosto de 2016 (consultado el 14 de julio de 2022). Disponible en: https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16663553.

tan decisivo para el bienestar general e individual al peso de la interpretación de textos jurídicos provistos de una notable ambigüedad, parecería razonable que el legislador reconociera las particularidades del sector de acueducto y alcantarillado y expidiera una legislación especial, preocupada por armonizar el interés en atraer la inversión privada con el bien común y la garantía de condiciones jurídicas adecuadas para asegurar la prestación efectiva de estos servicios esenciales para cualquier comunidad. Dicha legislación especial, que bien podría comenzar por recortar la significativa autonomía de la voluntad que campea en este ámbito en la actualidad en aras de proporcionar mayor seguridad jurídica y asegurar la primacía del interés general en estas transacciones, en línea con lo aquí expuesto, también podría superar los perjuicios ideológicos que parecen haber relegado a un papel adjetivo a la concesión de servicios públicos, remozarla y restablecer al servicio del interés público una categoría que lo ha acompañado desde épocas muy tempranas del Derecho Administrativo. Ello, naturalmente, sin perjuicio de contemplar otros esquemas negociales que pueden resultar útiles y reconocer que la situación de cada localidad puede ser distinta. Se trata tan solo, en definitiva, de evidenciar que la concesión de un servicio público no depende forzosamente de una previa *publicatio* de un determinado servicio (64), así como que se está ante una categoría históricamente apta para conciliar el interés público y la iniciativa privada (65), que por la riqueza y vastedad de su cobertura (66), al igual que por la trascendencia (política, económica, jurídica y social) de su aplicación al ámbito de acueducto y alcantarillado, amerita el enfoque específico de una legislación especial.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Ariño Ortiz, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 933 pp.

Atehortúa Ríos, C. A. (2004). «Servicios públicos domiciliarios», en *Régimen jurídico empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas* (Comp. J. C. Cárdenas y C. A. Atehortúa), Bogotá, pp. 15-82.

(64) En últimas, como afirma López Ramón, «la idea de la publicatio de una actividad y sucesiva transferencia al particular, como elemento característico de las concesiones administrativas, sólo parece desplegar virtualidades generales aplicada a la explicación de procesos históricos de aumento del intervencionismo administrativo». *Cfr.* F. López Ramón (1989). «Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas», en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, No. 243, p. 571.

(65) M. Hauriou (2002). *Précis de droit administratif et de droit public*, 12 edición, Paris, Dalloz, p. 1015.

(66) F. López Ramón (1989). «Las dificultades de..., pp.564 y ss.

BENAVIDES RUSSI, J. L. (2019). «Cláusulas excepcionales, potestades públicas y poderes unilaterales de la Administración contratante: prerrogativas, derechos y cargas», en *Las transformaciones de la Administración Pública y del Derecho Administrativo* (Ed. H. Santaella), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 167-227.

CÁRDENAS URIBE, J. C. (2003). *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 172 pp.

CARDONA LÓPEZ, A. (2018). *Política pública sectorial de agua potable: ha faltado politizar el problema*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 27 pp.

COVILLA MARTÍNEZ, J. C. (2014). *Autorizaciones y concesiones en el Derecho Administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 167 pp.

DE LA TORRE VARGAS, D. (2014). *Regionalización de servicios públicos y propiedad municipal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 128 pp.

DEIK ACOSTAMADIEDO, C. (2019). *Potestades excepcionales en los contratos estatales*, Bogotá, Temis, 197 pp.

DUGUIT, L. (1926). *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Beltrán.

HAURIOU, M. (2002). *Précis de droit administratif et de droit public*, 12 edición, Paris, Dalloz, 1150 pp.

HINESTROSA, F. (1997). «60 años de la reforma constitucional de 1936», en *Revista de Derecho del Estado*, No. 1, pp. 5-8.

LLERAS DE LA FUENTE, C. y TANGARIFE TORRES, M. *Constitución Política de Colombia. Origen, evolución y vigencia,* Bogotá, Ediciones Rosaristas – DIKE – Pontificia Universidad Javeriana, 1463 pp.

LÓPEZ RAMÓN, F. (1989). «Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas», en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, No. 243, pp. 563-610.

MONTAÑA PLATA, A. (2018). «Caracterización del contrato de concesión de servicio público en Colombia a partir de la revisión de su génesis y evolución histórica», en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (Eds. A. Montaña y J. I. Rincón), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 641-663.

— (2002). *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 183 pp.

PALACIOS MEJIA, H. (1999). *El Derecho de los servicios públicos,* Bogotá, Derecho Vigente, 285 pp.

PARDO FLÓREZ, F. (2018). «Los municipios y la gestión de los servicios públicos: entre la limitación de la autonomía y la obligación de garantía», en *Derecho*

de las entidades territoriales (Eds. P. Robledo, H. Santaella y J. C. Covilla), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 353-392.

PAREJA, C. H. (1937). *Curso de Derecho Administrativo*, Bogotá, Editorial ABC, 475 pp.

RAMÍREZ GÓMEZ, J. (2003). «Régimen legal de la competencia en servicios públicos domiciliarios», en *Revista de Derecho – Universidad del Norte*, No. 20, pp. 92-134.

RICHER, L. (2014). *La concesión en débat*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 219 pp.

ROSAS BALBONTIN, P. y BONIFAZ FERNÁNDEZ, J. L. (2014). *Notas sobre la teoría de la empresa pública de servicios de infraestructura y su regulación*, Santiago, CEPAL – Naciones Unidas – República de Francia, 75 pp.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2010). El contrato de concesión de Servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado Social y democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos (Tesis Doctoral), Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 622 pp.

TIRADO MEJIA, A. y VELÁSQUEZ, M. (1982). *La reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Editorial La Oveja Negra.