

**ALCANCE DE LA CLÁUSULA DE REVERSIÓN EN LOS CONTRATOS DE  
CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTO Y  
ALCANTARILLADO EN EL DISTRITO DE CARTAGENA**

**1995-2016**

**AUTOR**

**CARLOS DAVID RODRÍGUEZ BOLÍVAR**

**UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA**

**FACULTAD DE HUMANIDADES**

**PROGRAMA DE DERECHO**

**SANTA MARTA DISTRITO TURÍSTICO CULTURAL E HISTÓRICO**

**2016**



**ALCANCE DE LA CLÁUSULA DE REVERSIÓN EN LOS CONTRATOS DE  
CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTO Y  
ALCANTARILLADO EN EL DISTRITO DE CARTAGENA**

**1995-2016**

**AUTOR: CARLOS DAVID RODRÍGUEZ BOLÍVAR**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**DIRECTORES:**

**METODOLÓGICO: CELINA ANAYA SAADE**

**TEMÁTICO: JUAN RODOLFO RÍOS**

**UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA**

**FACULTAD DE HUMANIDADES**

**PROGRAMA DE DERECHO**

**SANTA MARTA DISTRITO TURÍSTICO CULTURAL E HISTÓRICO**

**2016**

Nota de Aceptación

---

---

---

---

Presidente del Jurado

---

Jurado

---

Jurado

*A Dios quien sostiene mis sueños y guía mis pasos.*

*A mis padres quienes con vehemencia me han mostrado su incondicional apoyo.*

*A Kelly Iturriago quien ha sido un valioso apoyo en este escalón.*

## TABLA DE CONTENIDO

I. RESUMEN.....	9
II. INTRODUCCIÓN.....	10
III. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA .....	11
IV. MATERIALES Y MÉTODOS .....	12
TITULO I.....	14
DISPOSICIONES LEGALES, PARÁMETROS JURISPRUDENCIALES Y TRATAMIENTO DOCTRINARIO.....	14
CAPITULO I.....	14
DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	
1. APROXIMACIONES AL CONCEPTO .....	14
2. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO.....	18
3. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS .....	20
4. CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO .....	24
5. TIPOS DE GESTIÓN EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS .....	26
5.1 GESTIÓN DIRECTA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN .....	26
5.2 GESTIÓN INDIRECTA POR LOS PARTICULARES .....	27
5.3 GESTIÓN MIXTA.....	27
6. DE LOS SUJETOS EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. ....	28
6.1 EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....	29
6.1.1 EMPRESAS OFICIALES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIO.....	31
6.1.2 EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA.....	32
6.1.3 SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.....	34

6.1.4 EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS PRIVADAS.....	36
6.1.5 EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. ....	36
6.2 LAS PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS QUE PRODUZCAN PARA ELLAS MISMAS, LOS BIENES Y SERVICIOS PROPIOS DEL OBJETO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.....	38
6.3 LOS MUNICIPIOS Y LA PRESTACION DIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. ....	39
6.4 LAS ORGANIZACIONES AUTORIZADAS PARA LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. ....	40
6.2 DE LOS DEMÁS SUJETOS ESPECIFICADOS EN LA LEY 142 DE 1994 ...	41
CAPITULO II .....	42
DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA	
1. CONCESIÓN ADMINISTRATIVA NOCIONES PRELIMINARES.....	42
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. ....	45
2.1 COMO ACTO ADMINISTRATIVO .....	45
2.2 COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO .....	48
2.3 CONCESIÓN COMO UN ACTO MIXTO.....	50
3. CONCEPTO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA .....	53
4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA.....	55
5. RÉGIMEN LEGAL DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS EN COLOMBIA. ....	57
6. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN.....	60
7. LA CONCESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO.....	63
8. EL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y SU RELACIÓN CON LA CONCESIÓN.....	71

CAPITULO III .....	79
CLÁUSULA EXCEPCIONAL DE REVERSIÓN	
1. CLÁUSULAS EXCEPCIONALES .....	79
2. CLÁUSULA EXCEPCIONAL DE REVERSIÓN .....	87
3. LOS BIENES QUE DEBEN SER REVERTIDOS.....	95
TITULO II .....	97
IDENTIFICACIÓN DE CONCESIONES EN EL DISTRITO DE CARTAGENA.....	97
CAPITULO I.....	96
CONTEXTO LOCAL	
1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN EL DISTRITO DE CARTAGENA ..	97
CAPITULO II .....	106
CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN EL DISTRITO DE CARTAGENA.	
1. ANTECEDENTES DEL CONTRATO .....	106
2. OBJETO .....	108
3. TEMPORALIDAD .....	109
4. RÉGIMEN ECONÓMICO.....	109
5. CLAUSULAS EXORBITANTES.....	109
6. EJECUCIÓN DEL CONTRATO .....	110
7. TASAS E IMPUESTOS.....	111
8. ADICIONES O PRÓRROGAS.....	111
9. BIENES QUE DEBEN SER REVERTIDOS. ....	113
10. COMENTARIOS .....	114
TITULO III .....	115
VENTAJAS Y DESVENTAJAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE FORMA DIRECTA.	
CAPITULO I.....	115
COMPARATIVO	
1. CUADRO COMPARATIVO.....	115

CONCLUSIONES .....	118
SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES .....	121
BIBLIOGRAFÍA.....	122
ANEXOS .....	129

ADJUNTOS A CD LOS SIGUIENTES:

❖ SOLICITUD DE CONTRATOS ANTE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICO MIXTA ACUACAR. ....	129
❖ CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....	129
❖ OTROSÍ NO 1 AL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....	129
❖ OTROSÍ NO 2 AL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....	129
❖ OTROSÍ NO 3 AL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....	129
❖ REPORTE ANUAL DE SOSTENIBILIDAD DE LA EMPRESA ACUACAR E.S.P S.A 2014. ....	129
❖ REPORTE ANUAL DE SOSTENIBILIDAD DE LA EMPRESA ACUACAR E.S.P S.A 2015. ....	129



## I. RESUMEN

La presente investigación desarrolló un análisis legal, doctrinario y un estudio de los parámetros jurisprudenciales sobre la concesión administrativa y una de sus especies como lo es la que se suscribe para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, también se estudiaron los servicios públicos domiciliarios y la cláusula excepcional de reversión, analizando la evolución que han tenido los conceptos y los cambios más trascendentes e importantes a los que se ha sometido especialmente en Colombia. Asimismo, para un desarrollo contextual y específico de la investigación, se hizo una descripción de los contratos de concesión de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado que están vigentes en el Distrito de Cartagena y un cuadro resumen con las ventajas y desventajas que representa para el Distrito de Cartagena el prestar por sí mismo estos servicios.

El presente proyecto, nace de una sentida preocupación por los acelerados procesos de privatización que con frecuencia se gestan en las entidades públicas, así como el continuo desinterés de la administración pública por asumir las obligaciones que en materia de servicios públicos domiciliarios les han sido constitucionalmente endilgadas de forma principal, por ello, se pretende que a partir de este proyecto se genere una pauta para que el tema sea debatido y estudiado tanto por la comunidad académica como por los entes territoriales a fin que la reversión no se convierta en una simple transcripción normativa sino que se materialice a la realidad.

## II. INTRODUCCIÓN

Es común, observar la imposibilidad en la que se encuentra el Estado a través de sus órganos para la adecuada prestación de los servicios que están a su cargo, sea porque no cuenta con los medios idóneos o no tiene la suficiente solvencia presupuestal, por esta razón, el Estado en aras de cumplir con sus fines esenciales otorga la prestación de ciertos servicios a particulares que en principio no estaban facultados, por tratarse de obligaciones meramente Estatales. De ahí, que en nuestro país se ha convertido en regla general que aquellos servicios que constituyan en sí mismos un gran despliegue administrativo, económico y operacional, el Estado mediante lo que la doctrina y la jurisprudencia han llamado la descentralización administrativa por colaboración entrega a los particulares en concesión la prestación de tales servicios.

En ese sentido, se tiene que una de las más frecuentes obligaciones prestacionales que han sido endilgadas al Estado y que son entregadas en concesión a los particulares ha sido la prestación de los servicios públicos domiciliarios, las cuales con mucha frecuencia son prorrogadas. Sin embargo, cabe anotar que las concesión de tales servicios no son absolutas ni perpetuas, por eso este tipo de contrato tiene unas características de temporalidad; así la ley estipula como condición *sine qua non* que para la celebración de éste contrato se pacte la cláusula exorbitante de reversión con el fin que los bienes afectados al servicio queden en manos de la administración y ella decida como seguirá prestándose el servicio.

De tal manera que resulta de interés preguntarse e investigar cual es el alcance de la cláusula excepcional de reversión en los contratos de concesión de servicios

públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado celebrados en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena.

### **III. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA**

Resulta importante para el ámbito jurídico, los entes territoriales, la comunidad académica y para el ciudadano de a pie comprender el motivo por el cual actualmente las entidades territoriales no se encargan de la prestación en forma directa de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado cuando tienen la posibilidad de hacer efectiva la cláusula excepcional de reversión, por ello la importancia de delimitar el alcance de dicha cláusula en el contrato de concesión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Cartagena a través de un análisis jurídico acucioso enriquecido doctrinal y jurisprudencialmente el cual será una plataforma para que el tema sea elevado al debate académico en el que se estudie, analice y exploren las posibilidades y los caminos adecuados con que cuentan los entes territoriales para la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado con calidad, cobertura y mayor beneficio para la entidad local.

#### **IV. MATERIALES Y MÉTODOS**

Los materiales y métodos utilizados en el desarrollo de la investigación fueron: la revisión bibliográfica de tesis, informes, textos jurídicos sobre los servicios públicos, servicios públicos domiciliarios, concesión administrativa y cláusula de reversión, revisión de los contratos de concesión vigente entre el Distrito y la empresa Acuacar, revisión de la escritura pública de constitución de la empresa mixta Acuacar, de los reportes informes de sostenibilidad, como también de artículos de revista jurídicas de derecho administrativo, administración pública y de base de datos.

El desarrollo del presente proyecto se hizo bajo tres etapas; la primera de ellas consistió en un estudio documental a través de la revisión bibliográfica, legal, jurisprudencial y doctrinaria de tres conceptos relevantes sobre el tema como lo fue el de servicios públicos domiciliarios, concesión administrativa y cláusula excepcional de reversión, análisis que fue hecho bajo la óptica de su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

La segunda etapa, tenía como finalidad una descripción de los contratos de concesiones para la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado que se encuentren vigentes en la ciudad de Cartagena, para esa descripción se tendrían en cuenta sus estipulaciones, modificaciones o adiciones más importantes, para su obtención se hizo un rastreo web que ante los infructuosos resultados de la búsqueda, se elevó solicitud a la empresa Aguas de Cartagena la cual fue atendida y respondida oportunamente.

Habiendo obtenido los ejemplares de los contratos, se procedió a su estudio observando sus características esenciales y aspectos que se consideraron importantes para el desarrollo de la investigación.

Por último, se construyó una tabla comparativa en la cual se determinaron cinco ventajas y desventajas que representan para la ciudad de Cartagena hacer uso de la cláusula excepcional de reversión en estos contratos y prestar el servicio por sí mismo, la cual tuvo como base el resultado de la revisión bibliográfica jurídica complementada con el desarrollo del marco teórico.

En el marco del proyecto investigativo se planteó la realización de dos entrevistas una al Gerente de la empresa que actualmente presta los servicios de acueducto y alcantarillado en la ciudad y la otra al jefe del área jurídica de la Alcaldía Distrital con el fin de complementar la primera información, sin embargo, se prescindió de ellas por obtener la información pretendida en los informes de sostenibilidad anuales y en la revisión del plan de desarrollo 2016-2020.

**TITULO I**  
**DISPOSICIONES LEGALES, PARÁMETROS JURISPRUDENCIALES Y**  
**TRATAMIENTO DOCTRINARIO.**

**CAPITULO I**  
**DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

**1. APROXIMACIONES AL CONCEPTO**

Los servicios públicos domiciliarios como figura jurídica han presentado serias dificultades cuando se trata de elaborar su concepto, prueba de ello es que su aceptación jurisprudencial y legal es novedosa -sobre todo en Colombia-, sin embargo, cabe decir que siempre el concepto se ha encontrado intrínsecamente ligado con la noción de servicios públicos -desde la idea general- que también ha comportado complicaciones para definirlo desde su origen en el derecho francés.

Las dificultades presentadas por el concepto de servicio públicos y la evolución del mismo tienen inexorablemente una incidencia en la noción de los servicios públicos domiciliarios de los que podríamos decir existe una relación de genero a especie. De ahí, que resulta importante mencionar aunque sea de forma superflua la evolución del concepto de servicios públicos –desde su idea general- con la intención de entender la teleología de la figura so pena de aterrizar en el concepto de servicios públicos domiciliarios.

Bajo estos supuestos, los servicios públicos en su noción tienen como principal antecedente el concepto clásico desarrollado por la Escuela del Servicio Público Francesa, que tenía como uno de sus principales exponente al profesor León Duguit, el cual los definía como “(...) toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por lo gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza

que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”.<sup>1</sup>

A la anterior escuela se suma el profesor Gastón Jeze un doctrinante que sobre las bases del concepto de Duguit desarrollo uno propio sosteniendo lo siguiente:

[...] son única y exclusivamente servicios públicos las necesidades de interés general que los gobernantes de un país dado y en un momento dado, han decidido satisfacer por el procedimiento del servicio público. Basta considerar la intención de los gobernantes [...] [...] los agentes públicos cumplen con su deber, no para complacer a sus jefes, sino para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público. El funcionamiento regular y continuo del servicio público, es pues, la idea que siempre debe inspirar la actividad de los agentes públicos [...].<sup>2</sup>

Los conceptos de servicios públicos desarrollados por la escuela francesa se caracterizaban por otorgar un carácter orgánico y material a la noción, al considerar que correspondía al órgano gobernante exclusivamente la obligación de dar cumplimiento a unos intereses generales, en los cuales, cualquiera fuese la actividad del Estado siempre se estaría en presencia de un servicio público.

No obstante, este concepto clásico al que nos hemos referido sufrió lo que se ha conocido en la doctrina administrativa como la crisis de la noción del servicio público, que para el profesor Mantilla:

(...) se manifiesta en el divorcio relativo de esas dos nociones (orgánico y material). Así por una parte no todas las actividades de servicios públicos la realizaba la administración, pues algunas las efectuaban los particulares y, por otra parte, no siempre la administración cumple actividades de servicios públicos en el

---

<sup>1</sup> León Duguit citado por Matilla Andry, derecho administrativo y servicio público, trazos inconclusos desde una perspectiva histórica, biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/18.pdf>, p. 421

<sup>2</sup> Jeze Gastón citado por Karen Patricia Hernández Blanquissett en el contrato de concesión portuaria, trabajo de grado, Universidad Javeriana, año 2000 p.11.

sentido tradicional, pues a veces desarrolla actividades de carácter privado como puede suceder con la actividad desarrollada por una empresa industrial y comercial del Estado.<sup>3</sup> (Paréntesis fuera del texto)

En complemento de lo anterior, tal como lo afirma el profesor Gordillo<sup>4</sup> la crisis comprende tres aspectos fundamentales a saber; el primero de ellos relacionado con la persona que presta el servicio público en el cual se abandona la idea que solo la administración lo puede hacer, para entender que agentes ajenos al Estado también pueden desarrollar este tipo de actividades, el segundo aspecto tiene que ver con el objeto o finalidad puesto que hay servicios que atienden a una utilidad pública mas no a la necesidad publica y por ultimo porque tales actividades no son plenas de derecho público por existir varios elementos propios del derecho privado que se encuentren presentes en los giros naturales de la prestación del servicio.

La anterior situación ha contribuido para que los conceptos de los doctrinantes modernos varíen, algunos inclinándose a una definición en sentido formal y otros en el sentido material sin que pueda establecerse una tendencia fija, escenario que hace complejo establecer un concepto general, como lo afirma el profesor Vidal Perdomo<sup>5</sup> “es una noción en crisis que ha perdido valor en su significación y la cual no indica un régimen jurídico unitario”.

Las cuestiones tratadas previamente, no le son ajenas al tema de los servicios públicos domiciliarios dado que esta complejidad en la conceptualización del término también se encuentra presente.

Si analizamos el artículo segundo de la constitución de 1886 que perduró poco más de 100 años y es el más reciente antecedente de nuestro modelo de Estado

---

<sup>3</sup> Mantilla Andry, Óp. Cit. p.437

<sup>4</sup> Gordillo Agustín, tratado de derecho administrativo parte general, tomo 2, Buenos Aires, Macchi; 1986. p. XIII-7 A 11

<sup>5</sup> Vidal Perdomo citado por Penagos Gustavo en curso de derecho administrativo, Bogotá, librería del profesional, año de 1982 p.283.



encontraremos que establecía “La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece”<sup>6</sup>.

Este modelo nos da la noción de un Estado centralizado que pese a adoptar durante un largo tiempo el federalismo que proporcionaba autonomía a sus entidades del orden territorial cambio su idea para ejercer una intervención en la vida de la administración pública centralizando muchas de sus funciones, como la prestación de los servicios públicos.

En todo caso la confusión y la precaria descripción que existía al respecto de los servicios públicos cambiaría con la expedición de la Constitución Política de 1991 pues Colombia pasaría a adoptar un nuevo modelo de Estado social de derecho, pasando a ser un “Estado descentralizado, con autonomía de sus entidades territoriales”<sup>7</sup>, de ahí, que por primera vez constitucionalmente se reconoce la existencia de los denominados servicios públicos domiciliarios en la vida de la administración pública y se eleva a una categoría constitucional que antes no tenía por no ser siquiera mencionados.

---

<sup>6</sup> Constitución Política Colombiana de 1886. Véase también (\*) preámbulo Constitución de 1886 en nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad, y con el fin de afianzar la unidad nacional, una de cuyas bases es el reconocimiento hecho por los partidos políticos de que la Religión Católica, Apostólica y Romana es la de la Nación, y que como tal, los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social y para asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, el pueblo colombiano, en plebiscito nacional,

<sup>7</sup>Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política De Colombia (1991) .publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Véase (\*) Artículo 1. (...) “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

## 2. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO

El asignar un significado al servicio público domicilio no es un ejercicio sencillo debido a que tanto la legislación colombiana como nuestra Constitución Política han omitido asignar un concepto al término, hecho que ha traído como consecuencia para su definición serias dificultades. La ley se ha limitado a hacer una simple enunciación descriptiva de cuáles son los servicios públicos domiciliarios<sup>8</sup> pero no ha proporcionado una definición concreta.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no se han hecho intentos por definirlo, dado que se encuentran algunos doctrinantes como el caso del doctor Hugo Palacios quien desde su óptica entiende los servicios públicos domiciliarios como:

*todas las actividades ordenadas a la generación o captación, transformación, transmisión o transporte, distribución, comercialización y provisión masiva de aquellos bienes de consumo y servicios de naturaleza homogénea, producibles en masa por empresas y mediante un régimen de tarifas, que, en cada etapa de desarrollo económico y social, todos los residentes en el país necesitan en forma continua en su lugar de habitación y trabajo para disfrutar en éste de libertad e intimidad frente a terceros, vivir en forma digna y saludable y adelantar actividades productivas.*<sup>9</sup>

Pero no es el único, que trae una definición, porque la Corte Constitucional en sentencia SU 1010 de 2008 también ha querido nutrir este concepto al manifestar que *“de acuerdo con la jurisprudencia 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*

---

<sup>8</sup> *Ibíd.* Artículo 1

<sup>9</sup> Palacios Hugo citado por Hernández Paola en los servicios públicos domiciliarios como derecho fundamental. un derecho de la población vulnerable: estudio comparado – Colombia frente a España, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2014, p. 23

*y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas*<sup>10</sup>.

Asimismo, a este grupo se suma el Consejo de Estado que en sentencia del 7 de marzo de 2011 con ponencia del Consejero Enrique Gil botero quien sostuvo al respecto: *“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 las personas”*<sup>11</sup>.

Por lo anterior, se puede decir que servicio público domiciliario son todas aquellas actividades destinadas a la satisfacción de las necesidades básicas y domiciliarias de la población, permitiendo el habitar y desarrollo del ciudadano en condiciones dignas.

La dignidad sobre todo es uno de los valores intrínseco en este tipo de servicios porque en últimas lo que se pretende es mejorar las condiciones de vida de la población, por lo tanto el concepto independientemente de sus dificultades, más que jurídico es un concepto social inseparable de los fines del Estado, por ende cualquier tipo de vulneración no solo es una omisión de los deberes positivos de éste sino también una amenaza a un cúmulo de derechos fundamentales.

---

<sup>10</sup> Colombia, Corte Constitucional colombiana en sala plena, Sentencia SU 1010 de 2008 Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>11</sup> Consejo de Estado; sala de lo contencioso administrativo, sección tercera sub sección C, Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero, Exp: 00650, Bogotá, 7 de marzo de 2011.

### **3. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

Es de destacar inicialmente del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, la importancia de superar las falencias presentadas por la constitución de 1886 para diferenciar la función pública del servicio público. Este hecho no se repite en la Constitución política de 1991 dado que en esta norma se hace una clara distinción entre lo que es la función pública y en qué consisten los servicios públicos domiciliarios.

La figura de los servicios públicos domiciliarios adquiere un reconocimiento que era inexistente en los antecedentes normativos previos a la Constitución Política de 1991, el cual está plasmado en su artículo 367 que prescribe; “La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”<sup>12</sup>.

Este reconocimiento constitucional del cual nos hemos referido no implica la definición o delimitación de la figura jurídica, pues solo se limita hacer -como en el caso de los servicios públicos en su sentido general- una mención del término y remite al legislador la responsabilidad de demarcar y regular en el sentido más amplio los aspectos fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos domiciliarios.

De acuerdo con lo anterior, el constituyente hace dos aclaratorias a tener en cuenta al referirse al tema de los servicios públicos domiciliarios; la primera de ellas se encuentra en el artículo 367 en la cual “Los servicios públicos domiciliarios

---

<sup>12</sup> *Ibíd.* Artículo. 367.

se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación”<sup>13</sup>.

Entonces, de manera principal como manifestación de la descentralización la Constitución está delegando la responsabilidad en los entes territoriales para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su participación debe ser activa en estos servicios teniendo como única talanquera el cumplimiento de unas condiciones técnicas y económicas adecuadas para prestar estos servicios. Para que las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen el municipio deberá contar con los equipos, maquinarias como todos los instrumentos que optimicen una prestación de calidad del servicio.

Por su parte, la segunda aclaratoria la establece el artículo 370 de la Constitución al manifestar que “Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”<sup>14</sup>.

En consecuencia, no solo se delega la responsabilidad para la prestación de los servicios públicos domiciliarios a los municipios, sino que se encarga al presidente como máxima autoridad ejecutiva dar rumbo a las políticas públicas encaminadas a la prestación adecuada de este tipo de servicios, por ello, la norma ordena la creación de un importante ente como lo es la superintendencia de servicios públicos domiciliarios que se constituye como un centinela del adecuado funcionamiento en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

---

<sup>13</sup> Ibíd. Artículo, 367

<sup>14</sup> Ibíd. Artículo 370

Es así, como la Constitución desarrolla una interesante descripción del deber ser del servicio público domiciliario, en quienes recaen las responsabilidades para su prestación, quienes deben estar encargados de dirigir las políticas públicas y proteger a los beneficiarios de posibles abusos.

Por todo esto, el legislador en atención al llamado y teniendo en cuenta las advertencias que sobre el tema hace la constitución se expide en el año 1994 la Ley 142 *“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios”*, en esta norma se agrupan un cúmulo de disposiciones destinadas a la organización de estos servicios, trayendo en sí misma un valioso aporte para lo que atañe a la prestación de los servicios públicos domiciliarios y una muy útil herramienta para los operadores de tales servicios.

El Consejo de Estado en una explicación contextual del surgimiento de la ley ha manifestado:

Las reformas legales del año 1994, en desarrollo del modelo económico constitucional previsto en el capítulo V del Título XII de la Carta de 1991, comportaron la sustitución del viejo esquema de prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia -que, siguiendo muy de cerca las enseñanzas de la escuela realista de Burdeos liderada por el profesor DUGUIT, asimilaba la noción de servicio público a la de función pública y que había entrado en crisis- por un modelo de mercado en competencia que concentró en el Estado, en su condición de director general de la Economía, las atribuciones de regulación y control. Se trata, pues, de un ‘cambio de modelo de Estado’<sup>15</sup>.

Ahora bien, con este nuevo modelo se pretendía obedecer, en esencia, el mandato dejado por la Constitución de 1991 y resolver los interrogantes que

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Exp: 01470 Bogotá, 24 de febrero de 2005.

traería consigo la expedición de una reglamentación a los servicios públicos domiciliarios, para así crear un régimen jurídico sólido, pero también estable en una materia novedosa para el derecho Colombiano. Esos interrogantes eran fundamentalmente como se afirma en la motivación de la Ley 142 dada por el congreso de la republica los siguientes:

¿Cómo financiar la expansión de coberturas? ¿Cómo suministrar el servicio a toda la población, teniendo en cuenta su capacidad económica? ¿Quiénes deben pagar el costo de los servicios? ¿Se debe subsidiar a todos los consumidores? ¿Sólo se debe subsidiar a los pobres? ¿Cuál sería el papel de los impuestos en la financiación de los servicios básicos? ¿Cómo mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios? ¿Cómo erradicar prácticas que evitan el manejo de los servicios con criterios de eficiencia, calidad y bajo costo?<sup>16</sup>

Dar respuesta a tales interrogantes eran solo algunos de los retos que enfrente tenía el legislador de la época con la expedición la norma, sumando a la delimitación de su concepto. Teniendo en cuenta que solo se hizo una descripción en la Constitución lo que significa una mayor grado de dificultad por tratarse de una figura novedosa para nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, a pesar que la ley desarrolló todo el tema de los servicios públicos en muchos aspectos de los cuales en el país nunca se habían tratado no definió el concepto de servicio públicos domiciliarios, por el contrario si miramos el artículo primero de la Ley 142 encontraremos que se hace una mera descripción de los servicios como paso con la Constitución de 1991.

Ámbito de aplicación de la ley. Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de

---

<sup>16</sup> Congreso de la Republica de Colombia, Exposición de motivos ley 142 de 1994.

servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley<sup>17</sup>.

Una posible explicación a tan escueta descripción en la búsqueda de una definición concreta de los servicios públicos domiciliarios se funda en las grandes dificultades que son más que evidente en la normativa del Estado colombiano, como también en la doctrina y la jurisprudencia, de ahí que las aproximaciones a este concepto son superfluas y ante todo descriptivas.

Sin embargo, no se pueden negar dos situaciones que deben estar presentes en la noción de estos servicios; la primera de ellas es que con la transición a un Estado social de derecho los servicios públicos domiciliarios están cargados de un componente social que constituye su principal característica y segundo el concepto de servicios públicos y servicios públicos domiciliarios son inseparables donde el segundo se encuentra subordinado al primero en una relación de genero a especie, con la ligera variación de estar los primeros enfocados hacia la libre empresa y libre competencia, lo que implica una posibilidad más frecuente de involucrar a los particulares en el cumplimiento de tales necesidades.

#### **4. CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO**

Identificada ya las dificultades presentes en la delimitación del concepto y comprensión de los servicios públicos domiciliarios se han agrupado a continuación, las principales características que presentan estos servicios las cuales han sido decantadas de forma precisa por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo como las siguientes.

---

<sup>17</sup> Congreso de Colombia, Ley 142 de 1994, Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, diario oficial 41.433 del 11 de Julio de 1994. Artículo 1.



- a. “se trata de un conjunto de actividades a través de las cuales se busca satisfacer necesidades de interés general” <sup>18</sup> recuérdese que en el modelo de Estado social de derecho una de las premisas es la prevalencia del interés general sobre el particular.
- b. “Están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y a la regulación, control y vigilancia del Estado” <sup>19</sup> en este caso su régimen legal se encuentra en la ley 142 de 1994 producto del mandato hecho por el constituyente.
- c. Los servicios públicos domiciliarios en Colombia tienen el carácter de esenciales en virtud de lo estipulado en el artículo cuarto de la ley 142 de 1994.
- d. “pueden ser prestados por éste (refiriéndose al Estado) directamente o indirectamente, al igual que por comunidades organizadas o por particulares<sup>20</sup>”. (Paréntesis fuera del texto)
- e. “demandan la creación de redes físicas o humanas”<sup>21</sup>.
- f. “tienen como punto terminal las viviendas o los sitios de trabajo”<sup>22</sup> la naturaleza de estos servicios es la prestación de servicios encaminados a la satisfacción de necesidades básicas del domicilio de los ciudadanos.
- g. Por último;  
“están destinados a satisfacer necesidades básicas de la población. Además, en tanto inherentes a la finalidad social del Estado, la prestación de esos servicios debe acompañarse con los criterios de eficiencia, costos,

---

<sup>18</sup> SU-1010 de 2008 Óp., Cit.

<sup>19</sup> Consejo De Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Consejero. Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, Exp: 02130, Bogotá, 2 de Diciembre de 2013.

<sup>20</sup> Ibíd.

<sup>21</sup> Ibíd.

<sup>22</sup> Ibíd.

solidaridad y redistribución de ingresos y asegurarse en condiciones de libre iniciativa, libertad de competencia, transparencia y neutralidad, según los artículos 333, 334, 365 y 367 de la Constitución Política 2, 3, 30 y 34 de la Ley 142 de 1994<sup>23</sup>.

## **5. TIPOS DE GESTIÓN EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

Tradicionalmente se han entendido tres formas diferentes para la prestación de los servicios públicos domiciliarios como lo son:

### **5.1 GESTIÓN DIRECTA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN**

Como previamente se ha manifestado la Constitución ha entregado la obligación en el Estado para la prestación de los servicios que aquejen a la población, así también la Ley 142 entrega la titularidad en esta prestación a los municipios y establece competencias para las gobernaciones.

De tal forma que la Gestión directa del servicio por parte de la administración<sup>24</sup> es aquella que se encuentra en cabeza del Estado y le compete de manera única y exclusivamente la prestación de los servicios públicos, asumiendo los riesgos en la explotación o prestación del servicio y designando el personal de apoyo que considere necesario para el cumplimiento de su objeto situándose sus acciones en un régimen propiamente de derecho público.

---

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> Véase Rodríguez Libardo; derecho administrativo general y colombiano, Bogotá, Temis, año 2013, p. 671.

## **5.2 GESTIÓN INDIRECTA POR LOS PARTICULARES**

La gestión indirecta es la forma de prestación de servicio público en la cual tienen participación los particulares por su cuenta y riesgo, pero sometidos al control del Estado. La forma más común como se presenta esta gestión se “realiza por medio de la figura de la concesión de servicio público”<sup>25</sup>.

La gestión indirecta significa entonces que el particular colabora con la administración cuando por razones de funcionamiento, presupuesto o capacidad operativa ella es ineficiente o incapaz de cumplir con la prestación del servicio.

## **5.3 GESTIÓN MIXTA**

La forma de gestión que se ha considerado como mixta “se presenta cuando una persona pública se une con particulares para desarrollar una actividad de servicio público. Es el caso de las sociedades de Economía mixta cuando su objeto es un servicio público, de las corporaciones o asociaciones y fundaciones de participación mixta”<sup>26</sup>.

Es decir, aunque la titularidad del servicio es Estatal aquí el particular participa de forma conjunta con la administración colaborando para que el servicio sea prestado, percibiendo una contraprestación a cambio.

---

<sup>25</sup> Ibid., p.671

<sup>26</sup> Ibid., p. 672

## 6. DE LOS SUJETOS EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

En este aparte se hará referencia a los sujetos que se encuentran habilitados para prestar este servicio independientemente del tipo de gestión a la que se sometan, bajo esta situación es necesario remitirnos a la Ley 142 de 1994 porque en ella se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios en Colombia y se delimita cuáles son los agentes (“personas”) que pueden prestar este servicio.

En esta norma su título primero se describe bajo el encabezado “*de las personas prestadoras de servicios públicos*”, el término persona se debe entender desde sus dos acepciones tanto jurídica, como natural- estas personas a las que se refiere la ley se encuentran discriminadas en el artículo 15 el cual sostiene<sup>27</sup>:

*Pueden prestar los servicios públicos:*

*15.1. Las empresas de servicios públicos<sup>28</sup>.*

*15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos<sup>29</sup>.*

*15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley<sup>30</sup>.*

*15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas<sup>31</sup>.*

---

<sup>27</sup> Ley 142 de 1994, Óp. Cit, Artículo. 15

<sup>28</sup> *Ibíd.*

<sup>29</sup> *Ibíd.*

<sup>30</sup> *ibídem*

*15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley<sup>32</sup>.*

*15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del Artículo 17<sup>33</sup>.*

Lo anteriormente dicho es sin perjuicio de la competencia que esta misma ley atribuye a los municipios, departamentos y a la nación para la prestación de los servicios públicos domiciliarios<sup>34</sup>, dado que la referencia aquí hecha es meramente ilustrativa para identificar quienes están facultados para prestar este servicio, pues como ya se ha dicho la presencia de la administración nunca estará ausente. Amén de esto, nos referiremos a cada uno de los sujetos identificando sus aspectos más importantes y particulares.

## **6.1 EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

El primer sujeto a tratar serán las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, tema que ha tenido un interesante desarrollo jurídico en nuestro país, en la medida que se le ha asignado un régimen diferenciado a cualquier tipo de empresa, es decir, son empresas reguladas por una norma especial y por ende

---

<sup>31</sup> *Ibíd.*

<sup>32</sup> *Ibíd.*,

<sup>33</sup> *Ibíd.*

<sup>34</sup> Véase de la ley 142 de 1994 los artículos: (\*)

Artículo 6o. "Prestación directa de servicios por parte de los municipios. Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos":

artículo 7o. "Competencia de los departamentos para la prestación de los servicios públicos".

Artículo 8o. "Competencia de la Nación para la prestación de los servicios públicos"

su naturaleza se rige por las disposiciones que establezca su ámbito normativo en este caso la Ley 142 de 1994.

Con ella, el espectro de participación de los particulares en la prestación de servicios públicos domiciliarios y las formas de participación de las entidades públicas se amplió ostensiblemente, permitiendo que las garantías y libertades económico-empresariales se encuentren presentes en una actividad que se hallaba en principio bajo el monopolio Estatal.

En complemento de lo anterior, el artículo 10 de la Ley 142 establece “Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley”<sup>35</sup>, es decir, hay plena libertad en cuanto a constitución de empresa para prestar estos servicios sin más limitantes que las legales gracias a la libre competencia económica protegida constitucionalmente.

Por lo demás, ha sido la Ley 142 la encargada de establecer el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos, designándolas como “*sociedades por acciones*”<sup>36</sup> y cuyo objeto es principalmente la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios, además deben cumplir con los requerimientos plasmados en el artículo 19.

Ahora bien, hay diferentes tipo de empresas de servicios públicos domiciliarios que a continuación veremos y dependerá del tipo de empresa la naturaleza jurídica que adoptaran, las características y su funcionamiento.

Como lo ha afirmado la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007: “El constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación

---

<sup>35</sup> Ibíd. Artículo 10

<sup>36</sup> Véase artículo 17 de la Ley 142 de 1994

de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos”.<sup>37</sup>

No obstante, sería errado sostener que por tratarse de empresas que desarrollan una actividad económica se deben perseguir intereses particulares, si no por el contrario procurar en la forma más eficiente y diligente dar cumplimiento a la esencia de estos servicios que es el cumplimiento de los propósitos del Estado social de derecho, es de esta forma como la ley justifica la ampliación de un abanico de posibilidades en materia de participación y prestación del servicio.

#### **6.1.1 EMPRESAS OFICIALES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIO.**

El artículo 14 de la ley 142 en su numeral 5° nos define las empresas de servicios públicos oficiales como “aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes”<sup>38</sup>.

En ese sentido, en estas empresas se toma a consideración para la determinación de su naturaleza la conformación de su capital que es plenamente público y que puede ser proveniente de una o más entidades públicas, asimismo, estas empresas hacen parte de las entidades descentralizadas por servicio de las que se refiere la Ley 489 de 1998 en su artículo 68<sup>39</sup>, los trabajadores que a ella se

---

<sup>37</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-736 De 2007, Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>38</sup> Ley 142 de 1994 Óp. Cit. Artículo 14

<sup>39</sup> Congreso de la Republica, ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, diario oficial No. 43.464 de Diciembre de 1998

vinculen serán en todo caso empleados públicos o trabajadores oficiales dependiendo de la actividad que realicen de conformidad con la prerrogativa estipulada en el artículo 123<sup>40</sup> de la Constitución Política.

### **6.1.2 EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA**

A voces del numeral 6° del artículo 14 de la ley L42 las empresas de servicio públicos mixtas se entienden como “aquella en cuyo capital la nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%”<sup>41</sup>.

Sobre este aspecto, es importante resaltar que no ha existido un claro panorama entre las empresas mixtas con las sociedades de economía mixta y algunos las han considerado como una especie de las otras, lo cierto es que sobre este hecho la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido tajante en el sentido de hacer una diferenciación con relación a estos dos conceptos. Al respecto, una de las sentencias más importantes en el tema es la C-736 de 2007 en la cual manifiesta la corporación:

La Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean "sociedades de economía mixta". A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las

---

<sup>40</sup>Véase Constitución Política Artículo 123.- Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

<sup>41</sup> Ley 142 Óp. Cit. Artículo 14



normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad<sup>42</sup>.

Sobre lo que no existe discusión es sobre el régimen especial asignado por el legislador en el cual a pesar que esta tipología de empresa de servicio público mixta no se encuentra descritas en el artículo 68 de la Ley 489 la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional al determinar su naturaleza jurídica las ha integrado a la rama ejecutiva.

La integración que se ha hecho a la rama ejecutiva de este tipo de empresas es como aquellas entidades pertenecientes a las descentralizadas por servicios, teniendo en cuenta que su creación se hace para una actividad especializada correspondiente a la prestación de un servicio público domiciliario el cual propende por la satisfacción del interés general. Constituyendo tal hecho una de las características más importantes que nos permitirán diferenciar su naturaleza y régimen jurídico.

El sustento de las afirmaciones hechas previamente se fundamenta en lo preceptuado en el literal G del artículo 38 su numeral segundo en el cual se afirma (...) “2. Del Sector descentralizado por servicios”, (...) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”<sup>43</sup>. (Subrayado fuera del texto).

Al respecto de esto, también ha dicho el Consejo de Estado que “No sólo pertenecen a la estructura del Estado las entidades expresamente determinadas por los arts. 38 y 68, sino que en estos dos artículos se hace una lista apenas enunciativa de entidades, porque también integra la rama ejecutiva toda entidad

---

<sup>42</sup> C-736 de 2007 Óp. Cit.

<sup>43</sup> Ley 489 de 1998, Óp. Cit, Artículo 38

que reúna los requisitos propios de una entidad descentralizada, lo que ocurre precisamente con una empresa de SPD mixta”<sup>44</sup>.

De lo expuesto, hay dos cosas por decir; la primera de ella es que la diferenciación hecha entre empresas de servicio público mixta y sociedades de economía mixta es ante todo formal, en la medida que ostentan comunes semejanzas; ambas sociedades son de capital, sujetas a disposiciones de derecho común, sus actividades son comerciales y están constituidas por capital privado y público igual o superior al 50%, pueden también ser ambas del orden departamental o municipal y las dos pertenecen a la rama ejecutiva como entidades descentralizadas por servicios etc.

Lo segundo es que las empresas de servicios público mixta se encuentran incluidas en aquellas descentralizadas por servicio en virtud de la interpretación hecha por la jurisprudencia del artículo 68 de la Ley 489 de 1998.

### **6.1.3 SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.**

Partiendo de los supuestos anteriores y demarcados brevemente la diferencia entre las dos figuras jurídicas aludidas en la explicación, el tema que se referirá a continuación será el de las sociedades de economía mixta.

Esta por sentado que este tipo de sociedades funcionan en virtud de lo que se ha denominado en la doctrina como la descentralización por servicios, que como lo afirma Penagos “”es una forma moderna de satisfacer las necesidades colectivas por medio de organismos especializados bien sean establecimientos públicos,

---

<sup>44</sup> Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, Exp: 00068 Bogotá, 23 de septiembre 2008.

empresas industriales y comerciales o sociedades de economía mixta”<sup>45</sup>, que se caracterizan por la “existencia de suplir unas necesidades locales, gozan de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa”<sup>46</sup>.

En razón de la categorización de descentralizada por servicios las sociedades de economía mixta se les ha vinculado como pertenecientes a la rama ejecutiva en la calidad de organismos vinculados y como lo afirma el profesor Libardo Rodríguez<sup>47</sup> están constituidas bajo la forma de sociedades comerciales con aporte Estatal y de capital privado.

Al respecto de esto la Corte Constitucional<sup>48</sup> también se ha referido sobre las principales características de este tipo de sociedad y el Consejo de Estado las ha decantado así:

(...) (i) Son entidades autorizadas por la ley, si son del orden nacional (Artículo, 150-7 C.P.), o por una ordenanza de la Asamblea si pertenecen al nivel departamental (Artículo, 300-7 ibídem) o por un acuerdo del Concejo si son de carácter municipal (Artículo, 313-6 ibíd.); (ii) Deben revestir forma societaria conforme al Código de Comercio; (iii) Requieren de aportes tanto del Estado como privados en su capital; (iv) Su objeto social consiste en desarrollar actividades industriales o comerciales y, por lo mismo, tiene ánimo de lucro; (v) En principio se rigen por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones legales, y (vi) Están vinculadas a la administración como integrantes que son del sector descentralizado, y en consecuencia quedan sujetas a los controles administrativos correspondientes (Ley 489 de 1998, Artículos 103 y 105)<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Penagos Gustavo; derecho administrativo nuevas tendencias, quinta edición, Bogotá, Doctrina y ley, , 2004 p.358

<sup>46</sup> Ibíd., p. 359

<sup>47</sup> Libardo Rodríguez, Óp. Cit. p. 143

<sup>48</sup> Véase Sentencias : C-629 de 2003, C-338 de 2011,

<sup>49</sup> Consejo de Estado , sala de consulta y servicio civil , Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar, Exp: 00001 Bogotá, 9 de Julio de 2015.

#### **6.1.4 EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS PRIVADAS.**

El artículo 14 de la Ley 142 define las empresas privadas de la siguiente manera: “Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”<sup>50</sup>.

Nos encontramos ante una empresa cuya naturaleza es privada y determinada por los aportes de los socios que son en su mayoría particulares asumiendo el papel de empresa prestadora de uno o varios servicios públicos domiciliarios.

Asimismo, como se ha venido sosteniendo las empresas de prestación de servicio público domiciliario sean del orden central, descentralizados o privados tendrán la vigilancia de la entidad Estatal correspondiente en quienes descansan las obligaciones de velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo de las empresas que se encuentren prestando cualquier servicio público en aras de garantizar el bienestar general y la satisfacción de las necesidades que aquejan a la población en esta materia.

#### **6.1.5 EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.**

El Artículo 85 de la Ley 489 de 1998 define las empresas industriales y comerciales de la siguiente manera<sup>51</sup>:

(...) Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho

---

<sup>50</sup> Ley 142 de 1994 Óp. Cit. Artículo 14

<sup>51</sup> Ley 489 de 1998, Óp., Cit, Artículo 85.

Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

- a. Personería jurídica;
- b. Autonomía administrativa y financiera;
- c. Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

En ese sentido la Honorable Corte Constitucional amplia y complementa las características de este tipo empresarial sosteniendo.

Las empresas industriales y comerciales del Estado; (.....) (iv) en el acto de creación debe definirse su vinculación a un ministerio o un departamento administrativo; (v) en el cumplimiento de sus actividades se ceñirán a las ley o norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos; (vi) gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales según el caso, pero no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas; (vii) su dirección estará a cargo de una Junta Directiva y de un Gerente o Presidente agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción, y será el representante legal de la correspondiente entidad; (viii) los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado; (ix) los contratos que celebren se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales, con excepción de aquellos que celebren las empresas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-691 de 2007, Magistrada Ponente, Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá, 2007.

Ahora bien, estas empresas industriales y comerciales también pueden ser del orden territorial caso en el cual se necesitara de la autorización de las corporaciones públicas a nivel territorial para su creación, es decir, en los departamentos las asambleas departamentales y en los municipios los concejos municipales respectivamente.

Asimismo hay que resaltar que estas empresas son organismos vinculados que se rigen por el principio de especialidad en virtud del cual su creación obedece a una finalidad específica y tales empresas deben sujetarse a las mismas.

## **6.2 LAS PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS QUE PRODUZCAN PARA ELLAS MISMAS, LOS BIENES Y SERVICIOS PROPIOS DEL OBJETO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

Este tipo de sujetos es definido por la Ley 142 en su artículo 14 numeral 15 el cual fue modificado por el artículo 1 de Ley 689 de 2001 entendiéndose a tal como:

La persona natural o jurídica que utilizando recursos propios y técnicamente aceptados por la normatividad vigente para cada servicio, produce bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos para sí misma o para una clientela compuesta exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella o con sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal<sup>53</sup>.

Del anterior concepto podemos sustraer como características principales la siguiente:

1. Los recursos provenientes para la prestación de este tipo de servicios es propio de quien pretende autónomamente prestar el servicio

---

<sup>53</sup> Ley 142 de 1994 Óp. Cit, Artículo 14.

2. Dicho servicio a prestar debe encontrarse técnicamente aceptado por normatividades vigentes para el servicio que se espera prestar.
3. La producción de estos servicios tiene una clientela que tiene vinculación económica directa con ella.
4. La producción también puede relacionarse con un subproducto u otro tipo de actividad principal.

Por lo demás, al respecto de ellos por tratarse de una forma de prestación de servicio poco usual en la cotidianidad no ahondaremos en su explicación.

### **6.3 LOS MUNICIPIOS Y LA PRESTACION DIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.**

Sobre este punto previamente se ha dicho, que la responsabilidad principal en la prestación de estos servicios recaen en los municipios, para que estos lo presten por sí mismo deben contar con condiciones mínimas que puedan garantizar una prestación efectiva, de calidad, continua e ininterrumpida.

Los artículos 6 y 5 de la Ley 142 se encargan de estipular la condiciones mínimas para que los municipios puedan directamente prestar estos servicios estableciendo como requerimiento principal el cumplimiento de; “las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen”, de lo contrario el municipio como garante de tal prestación debe seleccionar el modelo de gestión apropiado para la satisfacción de estas necesidades y actuar como vigía de dicha prestación.

## **6.4 LAS ORGANIZACIONES AUTORIZADAS PARA LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.**

Respecto a estos sujetos, no existe en la Ley 142 una mayor explicación con relación a dichas comunidades autorizadas, de tal forma que no fue preciso el legislador a la hora de dar una delimitación de la naturaleza jurídica de esta particular figura.

Por su parte la Corte Constitucional en Sentencia C-741 de 2003 se limita a determinar su finalidad o lo que tales persiguen.

La actividad de las “organizaciones autorizadas” que participen en la prestación de los servicios públicos se orienta al mejoramiento de la calidad de vida de sus asociados y de la comunidad en general, así como al logro de fines altruistas en favor de grupos marginados, o discriminados, sin que ello signifique que su objeto no pueda comprender que la prestación de los servicios públicos se lleve a cabo con eficiencia y calidad en beneficio también de los usuarios de los mismos<sup>54</sup>.

Lo más cercano a la regulación en la operación de estas organizaciones está en el Decreto 421 del 2000 en el cual se encuentra la reglamentación sobre las organizaciones autorizadas para prestar los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas.

Aquí hay algunos aspectos que son aplicables a los servicios que no son regulados en la Ley 142, ejemplo de ello<sup>55</sup> es la demarcación de los municipios menores como aquellos pertenecientes a la quinta y sexta categoría, las áreas rurales que son las localizadas por fuera del perímetro urbano de la respectiva

---

<sup>54</sup> Corte Constitucional Sentencia C-741 De 2003 Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>55</sup> Véase Decreto 421 de 2000, Por el cual se reglamenta el numeral 4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994, en relación con las organizaciones autorizadas para prestar los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas, Bogotá año, 2000.



cabecera municipal y las áreas urbanas específicas, son los núcleos poblacionales localizados en suelo urbano que se encuentren clasificados en los estratos 1 y 2 de la metodología de estratificación socioeconómica vigente.

Por lo demás no hay claridad en la forma como operan, los alcances de las mismas y podría pensarse que por analogía las disposiciones que no estén reguladas en este decreto le son aplicables a los demás sujetos que prestan los servicios públicos domiciliarios.

## **6.2 DE LOS DEMÁS SUJETOS ESPECIFICADOS EN LA LEY 142 DE 1994**

Los dos últimos literales referidos aquí corresponden a los siguientes sujetos:

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

*Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del Artículo 17.*

Estos dos últimos sujetos descritos se encuentran comprendidos dentro de las disposiciones del último título de la Ley 142 referentes al régimen de transición en el cual, se determina la manera en cómo debe operar la transformación de las entidades existentes al momento de la expedición de la ley, la viabilidad de las empresas que prestan esos servicios y la posibilidad de crear nuevas empresas.

## **CAPITULO II DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA**

### **1. CONCESIÓN ADMINISTRATIVA NOCIONES PRELIMINARES**

Históricamente nuestras ideas de concesiones administrativas son en su mayoría de corte moderno, lo cierto es que estas figuras han tenido su existencia desde mucho antes, aunque no propiamente en el derecho administrativo como lo afirma el doctor Santofimio:

el concepto moderno del contrato de concesión, en cuanto fenómeno negocial vinculado a la actividad de la administración pública y de la colaboración de los privados en la gestión de grandes proyectos de interés público, como la mayoría de las instituciones desarrolladas por el derecho administrativo, después de la institucionalización del poder obtiene sus raíces y sustentos remotos en las experiencias administrativas romanas, que dieron lugar al desarrollo de instituciones que guardan armonía con muchas de las figuras implementadas por las Instituciones actuales de nuestra disciplina<sup>56</sup>.

El modelo concesional Romano mencionado fue precedido por el modelo concesional heleno en el cual se “hacían uso de las concesiones de obra para que los particulares realizaran la construcción de varios puertos de sus ciudades<sup>57</sup>”.

Ahora bien, si avanzamos un poco más en la historia nos encontraremos otro antecedente de la concesión, dado en los famosos sistemas feudales desarrollados en la edad media entre los siglos IX al XVII en los cuales “los campesinos explotaban las tierras de los señores feudales y entregaban parte de

---

<sup>56</sup>Santofimio Jaime, 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, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, , 2010 p.16

<sup>57</sup> Bedel Rafael; la concesión administrativa; Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Vol. 67, No. 137, Caracas-Venezuela, año 2000, p.222

su cosecha recibiendo a cambio una contraprestación que era mínima”<sup>58</sup>, este hecho, constituía una especie de concesión relativa porque el señor de la tierra era quien obtenía los mejores beneficios sumado a su dominio -que no solo se limitaba a lo productivo- que recaía sobre el campesino quien estaba obligado a responder por la actividad encomendada.

Por otro lado, en el siglo XIX superadas las etapas feudales y monárquicas, y estando en proceso de consolidación de la revolución francesa, muchas de sus ideas comenzaron a esparcirse por Europa y el mundo con una incidencia directa en el nuevo derecho administrativo. Una de esas ideas que cobro mayor fuerza, estaba relacionada con el surgimiento de la teoría de los servicios públicos término que sería consolidado en gran parte por los doctrinantes de la escuela jurídica de Burdeos o escuela jurídica de los servicios públicos.

La importancia de este hecho para las concesiones no se da en el surgimiento de la escuela sino en la crisis del concepto, porque se comenzaría a cambiar la idea en la cual se consideraba que todas las actividades del Estado constituían servicio público por una idea en la cual no todas las actividades constituían servicios públicos pero además la posibilidad que los particulares pudiesen colaborar para la prestación de estos servicios a cambio de una remuneración, consolidando la noción concesional aplicada al derecho administrativo.

En ese sentido el doctor Palasi ha sostenido que “el concepto de concesión de servicios precisa un replanteo total en sentido extensivo. Y ello es lógico, porque en definitiva no siendo la concesión otra cosa que una transferencia al particular de funciones y poderes de la Administración, al ampliarse el ámbito de estas

---

<sup>58</sup>Unidad siete (7), la sociedad feudal; la sociedad la economía y el poder en la Europa feudal; señores, clérigos y campesinos, Tomado de [http://temasdehistoria.es/Texto\\_2\\_eso/6soc\\_feudal\\_parte1.pdf](http://temasdehistoria.es/Texto_2_eso/6soc_feudal_parte1.pdf) [consulta: viernes 15 de Enero de 2016] p.13

funciones atribuidas al Estado es congruente que se amplíe correlativamente, al menos en potencia, la idea concesional<sup>59</sup>.

La ampliación de tal idea concesional permitió que el Estado cada vez más fuese haciendo participe a los particulares de las cargas públicas que se encontraban bajo su obligación, debido a la insuficiente capacidad para satisfacer las necesidades de la población de forma eficaz y teniendo en cuenta que la satisfacción de esas necesidades es un deber ineludible para el Estado.

Aunado a esto, con la inminente llegada de la revolución industrial, los ferrocarriles, el nacimiento de grandes puertos y los procesos de globalización etc. Los servicios públicos se han convertido en una actividad compleja, en la cual la ineficiencia técnica Estatal o la poca disponibilidad presupuestal sobre todo en países inmersos en el subdesarrollo ha contribuido a que los particulares cada vez más se encuentren prestando servicios públicos en colaboración al Estado.

Sin embargo, esta posición concesional por decirlo así, ha traído fuertes críticas por considerarse un modelo de privatización Estatal, en la medida que el patrimonio público merma cuando participan terceros en explotación de los recursos naturales, la construcción de grandes obras o la prestación de servicios básicos, pero también, porque su ejercicio en nuestro ordenamiento jurídico es cada vez más común y a veces excesivo. En todo caso, no podría negarse que muchas de las concesiones administrativas han contribuido al fortalecimiento de diversos servicios públicos que son indispensables para el bienestar social y desarrollo de los Estados.

Lo preocupante es que esta imposibilidad Estatal de la que se ha venido hablando resulta para muchas entidades públicas la excusa perfecta para utilizar con más

---

<sup>59</sup> Palasi José, la actividad industrial del estado en el derecho administrativo, España, revista de administración publica No 3 año 1950, p.65

frecuencia los modelos concesionales y por ende desentenderse de tal actividad, que aunque es cierto son instrumentos de colaboración del privado y se entiende que la administración asume el rol de garante, acompañado de una continua vigilancia, no puede olvidarse que siempre los intereses del privado con respecto a la administración son individuales, egoístas, que pretenden su lucro y están desprovistos de las motivaciones públicas, puesto que su óptica se fundamenta en la rentabilidad y productividad del negocio.

## **2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA.**

Para determinar la naturaleza jurídica de la concesión administrativa la doctrina ha planteado diversas soluciones, sin embargo, en esta ocasión serán tratadas tres de las cuales pueden ser consideradas como principales. La primera solución concibe a la concesión administrativa como un acto unilateral de la administración, la segunda como un como un contrato administrativo y la última como un acto mixto<sup>60</sup>, de la explicación de ellas nos permitirá identificar cuál es el modelo y la naturaleza jurídica que ha aceptado nuestro país para las concesiones administrativas.

### **2.1 COMO ACTO ADMINISTRATIVO**

Con respecto a la primera solución, es decir, la concesión como un acto administrativo de carácter unilateral el profesor Otto Mayer uno de sus principales defensores la define como: "(...) un acto administrativo mediante el cual se otorga a un súbdito un poder jurídico sobre una parte de la administración pública que le es delegada, para él la concesión es un acto administrativo, especialmente una disposición que determina discrecionalmente lo que debe ser de derecho en el

---

<sup>60</sup> Véase Calafell Jorge, Teoría general de la concesión, anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana número 26, Bogotá 1996.

caso individual. Es un acto jurídico del derecho público. La posibilidad de que ese acto cree derechos y deberes es indudable”<sup>61</sup>.

Complementando su idea anterior, también ha sostenido que “la concesión es siempre un acto constitutivo de derechos, por el que se da al sujeto un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración”<sup>62</sup>.

Por su parte Zanobini define a la concesión administrativa como: "aquel acto que tiene por objeto conferir a una o más personas, extrañas a la Administración, nuevas capacidades o nuevos poderes y derechos, con los cuales queda amplificada su esfera jurídica”<sup>63</sup>.

El profesor cano Meléndez en sustento a esta teoría ha dicho:

La concesión es un acto administrativo público, por medio del cual el Estado llamado concedente, faculta al particular, llamado concesionario para que administre y explote en su provecho, en forma regular y continua, pero por tiempo determinado, bienes del dominio público o servicios públicos, en vista de satisfacer un interés colectivo, mediante una ley preconcebida y un contrato formulado entre las partes<sup>64</sup>.

Esta teoría también ha conseguido respaldo en el español Fernández de Velasco, el suizo Fritz Fleiner, y del italiano Federico Cammeo<sup>65</sup> quienes coinciden en la unilateralidad de la concesión como decisión de la administración.

---

<sup>61</sup> Otto Mayer citado por Matilla Andry en Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba, Primera edición: la Habana, Editorial Universitaria, 2009, p.83

<sup>62</sup>Ibíd. p.101

<sup>63</sup> Zabobini Guido, citado por Zegarra Diego en concesión administrativa e iniciativa privada, revista de derecho Themis No 39, Perú 1998 p. 101

<sup>64</sup>Matilla Andry Óp., Cit, p.216

<sup>65</sup> Ibíd., p.84

Sin embargo, la concesión administrativa desde este punto de vista ha tenido varios contradictores fundamentalmente porque en definitiva ésta necesita que quien desea hacerse parte de ella manifieste su voluntad de aceptación.

Así pues, cuando nos referimos a un acto administrativo de carácter unilateral se considera que siempre hay una parte que impone las condiciones y otra que sin que medie su voluntad se adhiere a ellas, porque la decisión es de carácter imperativo.

En efecto, podría pensarse que por tratarse de un acto de carácter unilateral el concesionario no tendría más opción que aceptar la imposición que se consigna en el acto por la administración pública. Esta crítica también es hecha por Olivartoro en la que manifiesta “la sumisión del concesionario a que el Estado le transfiera una porción de las funciones que le corresponden lleva implícita, la idea de una situación de privilegio arbitrario para modificar o revocar el régimen a que está sujeto la concesión, cuando así lo exija el interés público”<sup>66</sup>.

En el caso de Colombia traeremos a colación el concepto de acto administrativo unilateral dado por el Consejo de Estado en el cual afirma que son “toda declaración de voluntad, juicio, cognición o deseo que se profiere de manera unilateral, en ejercicio de la función administrativa, y produce efectos jurídicos directos o definitivos sobre un asunto determinado”<sup>67</sup>.

La unilateralidad de los actos administrativos estará presente siempre que no sea necesaria la aprobación o manifestación de la voluntad del administrado, situación que no encaja en la concesión administrativa en la que el particular debe consentir las condiciones propuestas por la administración.

---

<sup>66</sup> Calafell Óp., Cit, p. 217

<sup>67</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, Exp: 00715 (Acu), Bogotá, 13 De Marzo De 2014.

Por lo tanto, esta solución a la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas no es aplicable para el caso de nuestro ordenamiento jurídico ya que no se ha contemplado legal, ni jurisprudencialmente a esta figura con esa calidad y además porque la unilateralidad de estos actos administrativos no puede ser predicada de las concesiones.

## 2.2 COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO

El segundo elemento al cual nos referiremos será a la concesión vista como un contrato administrativo. Como lo dice el doctor Duplá “Las teorías bilaterales, adoptadas inicialmente por la doctrina francesa, parten de la idea de que la concesión administrativa es un contrato en virtud del cual una persona se obliga con la Administración a prestar, por su cuenta y riesgo un servicio público a cambio de la percepción de unas tarifa”<sup>68</sup>.

En este punto se encuentran algunos doctrinantes de importancia para este estudio que se mencionaran, uno de ellos el profesor Garrido Falla quien ha dicho que “El contrato de concesión, es el más administrativo de todos los contratos que la Administración Pública puede celebrar, y en tal sentido, el más peculiar frente al sistema clásico del contrato civil; por esto si no se le incluye dentro de los contratos administrativos, lo que habría de poner en duda es la oportunidad misma de la teoría del contrato administrativo”<sup>69</sup>.

También se ha pronunciado al respecto el profesor Berthelemy quien define concesión administrativa como “un contrato por el cual un empresario se

---

<sup>68</sup>Duplá María, , dotaciones para la recuperación de activos reversibles como deducibles del impuesto sobre sociedades, tesis doctoral, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, departamento de derecho área de derecho financiero y tributario, año 2002, p.82

<sup>69</sup> Hernández Karen Óp. Cit, p.27



compromete a efectuar o gestionar un trabajo público, mediante el derecho de percibir las rentas que se obtengan del uso de esa cosa pública”<sup>70</sup>.

Y por último citaremos al profesor Albi Cholbi quien describe la concesión administrativa como:

un modo de gestión, de naturaleza contractual, en virtud del cual una persona extraña al concedente aporta los medios financieros indispensables para la implantación de una actividad de la competencia de la Administración Pública, realiza las obras e instalaciones necesarias a dicho fin, y presta al público el correspondiente servicio durante el período estipulado, sometiéndose para ello a los reglamentos generales establecidos por la propia Administración y percibiendo de los usuarios una contraprestación económica que le permita amortizar su desembolso inicial y cubrir los gastos de conservación y explotación, con el procedente beneficio industrial, revirtiendo en forma gratuita a la Administración, al terminar el contrato, todos los elementos materiales afectos al servicio<sup>71</sup>.

Estos son solo algunos de los muchos autores que están a favor de esta postura que cuenta con un gran número de adeptos y es una de las más aceptadas en el derecho administrativo.

Por su parte, nuestro ordenamiento jurídico ha optado por entender y asumir a las concesiones administrativas sea cual fuese su especie como un contrato de carácter administrativo, dándole reconocimiento en la Ley 80 de 1993, la cual se encarga de tipificar los contratos administrativos, definiendo sus características y naturaleza. Todo esto, gracias a la libertad de configuración legislativa en materia de contratación con la que cuenta el Congreso de la República en virtud de la cual

---

<sup>70</sup> Calafell, Óp., Cit, p. 217

<sup>71</sup> Dupla, Óp., Cit p.78

“para dictar el régimen de los contratos, tanto público como privado. En esta materia no está obligado a brindar idéntico tratamiento a cada materia contractual. Antes bien, la Carta le impone el deber de tener presente ciertas características de cada contrato, como ocurre en materia laboral o en contratación pública”<sup>72</sup>

Esa libertad de configuración legislativa en materia contractual, en la cual se ubica a la concesión administrativa no responde a un simple debate normativo para su encuadramiento como contrato, sino que responde a una postura jurídica definida, situada en el contexto y que ha tenido antecedentes históricos que han estado emitiendo señales para demarcar el camino sobre cuál debe ser la naturaleza de la concesión.

En definitiva, en Colombia fue el estatuto de la Contratación pública o Ley 80 de 1993 que en su artículo 32 numeral 4° donde se tipifica y define a las concesiones administrativas como contratos de carácter público, determinando que la naturaleza de las concesiones administrativas en Colombia es contractual.

### **2.3 CONCESIÓN COMO UN ACTO MIXTO**

El tercer elemento al cual nos referiremos será la teoría de la concesión como un acto mixto desarrollada bajo la idea de no tomar partido de una y otra teoría, por el contrario asumir una postura neutral. Al respecto el profesor Vergara afirma “se comienza a elaborar en Francia fundamentalmente (...) y se considera como un acto mixto, una mixtura, que contiene mitad reglamentario, mitad contractual”<sup>73</sup>, es decir, se hace una “síntesis de los principios en que se sustentan las anteriores, concibiendo dos facetas del acto concesional”<sup>74</sup>:

---

<sup>72</sup>Colombia, Corte constitucional Sentencia C-1514 de 2000, Magistrada Ponente, Martha Victoria SÁCHICA Méndez, Bogotá año 2000.

<sup>73</sup> Vergara Alejandro, Concesiones De Dominio Público Y Caracterización De Las Concesiones Mineras, revista chilena de derecho Vol. 16 p.783

<sup>74</sup> Zegarra Óp. Cit, p.103

La primera faceta “consiste en un acto de poder público que básicamente se refiere al aspecto legal o reglamentario de la concesión, en cuya virtud el Estado pasa a desprenderse de una determinada actividad para entregarla al sector privado, pero conservando los poderes de vigilancia y control en atención al interés público”<sup>75</sup>, es decir, se toma el carácter unilateral del acto administrativo como el primer elemento de esta mixtura.

La segunda faceta que es meramente contractual está relacionada con “los deberes que recíprocamente se fijan concedente y concesionario, pudiéndose hablar en esta faceta del contrato de concesión administrativa”<sup>76</sup>, en este aspecto concurren dos voluntades que se manifiestan en un acuerdo sobre contraprestaciones, rentas, repartición de riesgos, etc.

Esta teoría no ha sido adoptada en nuestro ordenamiento jurídico, porque como se dijo anteriormente el legislador le otorgó el carácter de contractual mediante el estatuto general de la contratación pública, a las concesiones que celebre el Estado con los particulares.

Ahora bien, en el proceso de selección contractual colombiano para la escogencia del contratista hay una serie de actos administrativos que se expiden previo a la ejecución del contrato para delimitar el objeto, las condiciones de ejecución, entre otros elementos que van a permitir establecer el fin por el cual se suscribirá el contrato, esta primera etapa es una etapa de planeación<sup>77</sup> en la cual se desarrollan los estudios previos, se elaboran los proyectos de pliegos de condiciones del contrato y se expiden los pliegos definitivos, también se expiden los actos administrativos de apertura y de cierre para las propuestas y mediante

---

<sup>75</sup> *Ibíd.*

<sup>76</sup> *Ibíd.* p.103

<sup>77</sup> Véase para efectos de este texto, Presidencia de la Republica, departamento nacional de planeación; decreto número 1082 De 2015, sección 2 estructura y documentos del proceso de contratación.

acto administrativo se adjudica a la propuesta que se considere más adecuada a las necesidades del contrato.

Asimismo, hay otros actos administrativos que se expide en la etapa ejecución del contrato sea para adicionar, aclarar, multar o cualquiera que sea necesario para el beneficio del contrato.

Sin duda, en estas etapas figuran una serie de actos administrativos, pero solo en la primera, es decir, en la previa, se da cumplimiento a las condiciones que describe la teoría de la concesión como un acto mixto, en la medida que hay una parte en el proceso de selección del contratista que es reglamentaria y unilateral porque la administración de forma autónoma y liberal establece<sup>78</sup> las condiciones en las que se debe desarrollar el contrato, el cronograma, el plazo, criterios generales de selección etc.

La segunda parte, que es descrita por la teoría de la concesión administrativa como un acto mixto es la que se refiere a la contractual la cual se relaciona con aquellas manifestaciones u oposiciones que el postulante hace por ejemplo a los pliegos, en las cuales presenta sus propuestas o solicita aclaratorias, y en la cual las voluntades de Estado y contratista podrían concurrir en algunos puntos.

Al respecto de esto, el Consejo de Estado ha sido claro al indicar que en la contratación pública se expiden dos tipos de actos administrativos, los primeros precontractuales y por ende separables del contrato y los segundos actos administrativos contractuales propios del contrato e inseparables, pero que en ningún caso ello representa una mixtura:

Entiende la Sala por actos administrativos relativos al contrato, los que se dictan dentro de la operación contractual y por actos separables los que aun siendo

---

<sup>78</sup> Ibid.

relativos al contrato, se profieren dentro de la etapa precontractual. Los demás que se dicten en desarrollo o ejecución del contrato tienen su origen en él y deben impugnarse mediante las acciones relativas a los contratos<sup>79</sup>.

Como se ve, desde esta perspectiva la concesión administrativa será un contrato administrativo en Colombia, los actos a los que se refiere la teoría mixta como reglamentarios serán simplemente separables del contrato o contractuales.

Sin perjuicio de lo anterior, y que en nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido en la Ley 80 de 1993 que las concesiones son contratos administrativos es innegable que para la celebración y ejecución del contrato se desarrollen unos actos administrativos unilaterales que crean modifican o extingue una situación jurídica concreta y que es una clara manifestación de la mixtura que se encuentra presente en el contrato de concesión.

### **3. CONCEPTO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA**

Hecha la precisión sobre la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas y teniendo en cuenta que en Colombia las concesiones tienen el carácter contractual, nos remitiremos al artículo 32 en su numeral cuarto de la ley 80 de 1993 para definir el concepto de concesión administrativa:

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

---

<sup>79</sup>Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo, Consejero Ponente. Dolly Pedraza De Arenas, Exp; Bogotá, auto del 10 de Mayo de 1991

necesarias para la adecuada 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<sup>80</sup>.

Por su parte Honorable Consejo de Estado sobre las concesiones ha manifestado.

El contrato de concesión permite al Estado desprenderse del ejercicio de una actividad que le es propia y conferirle su realización o gestión a un particular llamado concesionario, quien actúa por su propia cuenta y riesgo, bajo la permanente vigilancia de la entidad concedente, con una contraprestación que puede consistir en un incentivo económico representado en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien o en una suma periódica o porcentual o cualquiera otra modalidad que acuerden las partes.<sup>81</sup>

En complemento del anterior pronunciamiento la Honorable Corte Constitucional ha sostenido al respecto “el contrato de concesión es un contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos, que en principio, como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al Estado. Su objeto está directamente relacionado por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales”<sup>82</sup>.

De esta forma queda claro que la definición y delimitación de la concesión como un contrato administrativo en Colombia ha correspondido esencialmente a la ley, pero también ha contado con un amplio aporte y desarrollo jurisprudencial.

---

<sup>80</sup> Congreso de la república de Colombia, Ley 80 de 1993, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, diario oficial del 28 de octubre de 1993.

<sup>81</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente, Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Exp: 1792. Bogotá, 12 de Diciembre de 2006.

<sup>82</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-250 De 1996, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Podemos entonces decir, que en Colombia el contrato de concesión será aquel en el cual la administración pública provista de la titularidad de un servicio, de un bien susceptible de explotación o de la construcción de una obra suscribe un contrato para que dicha actividad sea realizada en un tiempo determinado por un agente distinto a él a cambio de una mutua contraprestación y con la posibilidad de conservar la titularidad de lo concesionado fenecido el plazo contractual.

#### **4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA**

El Consejo de Estado ha establecido de forma muy completa las principales características que tiene el contrato de concesión administrativa para nuestro ordenamiento jurídico.

- a) “una de las partes es una entidad pública, a la cual se denomina concedente, mientras que la otra es una particular (persona natural o jurídica) que actúa como concesionario”. (..)<sup>83</sup>:
- b) Esta característica le entrega el carácter de bilateral dado que en este tipo contractual es necesario la concurrencia de dos voluntades para la configuración del contrato.
- c) “El concesionario, quien es el operador del servicio, asume todos los riesgos derivados de la actividad”<sup>84</sup> (...)

---

<sup>83</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Exp: 0002 Bogotá, 1 de noviembre de 2012.

<sup>84</sup> Ibid.

- d) “El concesionario tiene derecho a una contraprestación económica, la cual puede pactarse de diversas formas (tasas, participación económica, dividendos, etc.)”<sup>85</sup>. (..)
- e) Es decir, es un contrato con carácter oneroso con variedades en las formas como se remunera.
- f) “La celebración de un contrato de concesión no conlleva ausencia de responsabilidad de la entidad concedente, toda vez que al utilizar una forma de gestión indirecta del servicio público, las competencias de dirección, vigilancia y control se intensifican porque que se están “delegando” facultades propias de la administración al concesionario y otorgándole derechos y prerrogativas respecto de la utilización de bienes de titularidad pública”<sup>86</sup>. (..)
- g) “La responsabilidad de la entidad concedente se deriva también de la naturaleza estatutaria de la relación jurídica que se desprende del contrato”<sup>87</sup>. (...).

---

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> Ibid. (\*) al respecto: Si bien es cierto que bajo el esquema diseñado por el legislador su labor no es la de prestación directa del servicio, también es verdad que constitucionalmente en el artículo 365 se le impone el deber de garantizar que sea efectivamente prestado. El poder público no se aparta de la actividad adelantada por los operadores, cambia la función, la administración propietaria de los medios se transforma en una que incide directamente en la actividad de los privados mediante competencias de regulación económica y el efectivo ejercicio de una función de control y vigilancia. El usuario adquiere importancia, se reconoce su posición debilitada frente al operador, así como también la intervención pública reitera que las necesidades por satisfacer siguen siendo en esencia prestaciones y por lo tanto deben gozar de las características de generalidad, permanencia y continuidad.

<sup>87</sup> Ibid-



## 5. RÉGIMEN LEGAL DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS EN COLOMBIA.

Resulta imperioso para efectos de este estudio hacer una remisión al Decreto 150 de 1976 el cual sería derogado por el Decreto 222 de 1983, a fin de obtener una referencia en la evolución conceptual del contrato de concesión. Sea lo primero decir, que esta norma se refería al tema de las concesiones de dos formas disímiles, la primera de ellas, como una forma de pago de los contratos de obra, es decir, el contratista de la administración desarrollaba la obra y recibía como pago el otorgamiento de la concesión<sup>88</sup>, este fenómeno no constituía un nuevo contrato, era simplemente la manera como la administración pagaba la ejecución de una obra.

En segundo lugar, las concesiones eran concebidas como un contrato autónomo, es decir, no estaban relegadas a una forma de pago de otro contrato puesto que tenía sus características propias, pero con la particularidad que dicho contrato solo se refería a la ejecución de una obra<sup>89</sup>, razón por la cual, la disposición normativa era anfibológica, debido a que por un lado la concesión era vista como la forma de pagar el contrato de obra, pero por otro, en la praxis el otorgamiento de la concesión como forma de pago encuadraba perfectamente en la definición que se tenía sobre contrato de concesión de obra.

---

<sup>88</sup> Presidencia de la Republica, Decreto 150 de 1976, Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Véase aricultot.69, "según la forma de pago, los contratos de obra se celebran":

- a) Por un precio global o a precio alzado;
- b) Por precios unitarios, determinando el monto total de la inversión;
- c) Por el sistema de administración delegada;
- d) Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios,
- e) Mediante el otorgamiento de concesiones

<sup>89</sup> Véase Decreto Presidencial 150 De 1976; artículo 92 de la definición del contrato de concesión.: "mediante el contrato de concesión, una persona llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar o restaurar una obra, bajo el control de la entidad concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en derechos que el primero cobra a los usuarios de la obra"

Ahora bien, con la expedición del Decreto 222 de 1983<sup>90</sup> se adopta un nuevo estatuto de la contratación en Colombia, con el que se pretendía modernizar la antigua disposición. Este Decreto trajo cambios considerables, en la medida que se amplió la tipificación normativa de las concesiones en Colombia, se hacía mención por ejemplo de concesiones de servicios públicos, de obra pública, por sistemas de peaje, de los servicios de telecomunicaciones, correspondencia pública y privada, las también denominadas concesiones especiales que incluían estaciones experimentales, estaciones de radio difusión y espacios en televisión, todas estas que no eran si quiera mencionadas en la norma derogada. Sin embargo, según el artículo 82 de este decreto, no se abandonó la tesis de concebir a la concesión como una forma de pago de los contratos de obra<sup>91</sup>, de tal forma que este decreto no zanjaba totalmente la confusión ya referida.

De ahí, que el Decreto 222 de 1983 fue derogado por la Ley 80 de 1993, dado que “aún desde antes de la expedición de la nueva Constitución Política, existía un consenso general sobre la necesidad de introducir importantes modificaciones a la legislación que desde los años de 1982 y 1983 gobernaba gran parte de la contratación de las entidades públicas”<sup>92</sup>, la razón principal era la incapacidad de dichas normas para lograr satisfacer las necesidades que para la época

---

<sup>90</sup> Presidencia de la República Decreto 222 de 1983; Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones; Diario Oficial No. 36.189 de febrero 6 de 1983.

<sup>91</sup> Véase Decreto 222 de 1983 artículo. 82 “de las formas de pago en los contratos de obra”:

Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran:

1. Por un precio global.
2. Por precios unitarios, determinando el monto de la inversión.
3. Por el sistema de administración delegada.
4. Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y
5. Mediante el otorgamiento de concesiones.

<sup>92</sup> Congreso de la República de Colombia Exposición de motivos ley 80 (\*) “aún desde antes de la expedición de la nueva Constitución Política del cuatro (4) de julio del año próximo pasado, existía un consenso general sobre la necesidad de introducir importantes modificaciones a la legislación que desde los años de 1982 y 1983 gobernaba gran parte de la contratación de las entidades públicas, opinión motivada no solamente por pruritos intelectuales sino por el pleno y total convencimiento de los efectos negativos quizá no tanto de la normatividad que a la sazón regía como por los de la estrecha interpretación de que ella había sido objeto”. (\*)”Y si lo precedente fue una verdad a los pocos días de haber sido expedido el Decreto-ley 222 de 1983, ha cobrado mayor relevancia con la nueva normatividad, con una nueva Constitución que ha modificado postulados y principios y requiere nuevos conceptos de administración y gobierno: de un estatuto que refleje una nueva Colombia acorde con las nuevas tendencias”.

presentaban las entidades Estatales en materia de contratación, sea porque eran imprecisas o porque muchas de sus figuras jurídicas resultaban confusas en su aplicación.

Por eso, con la expedición de la Ley 80 se esperaba suplir la carencia de contar con una sólida normatividad en materia de contratación pública, pero que además estuviese acorde con los grandes cambios que traía consigo la Constitución Política de 1991. Es así como, con la expedición de la Ley 80 se elimina de manera definitiva la confusa posición en la cual la concesión era vista como una forma de pago de los contratos de obra, para adoptar un concepto general con la potencialidad de alcanzar aspectos que no se concibieron en el Decreto 222 de 1983 permitiendo el entendimiento de las concesiones como una categoría contractual autónoma, con características propias y sin supeditación a la existencia de un contrato de obra. Así lo ha establecido el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 cuando la define:

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 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<sup>93</sup>.

De todo esto, podemos sintetizar que en Colombia se ha abandonado la tesis tradicional en la que se veía a la concesión administrativa como una forma de

---

<sup>93</sup>Ley 80 de 1993 Óp. Cit. Artículo 14.

pago de otro contrato administrativo, para otorgarle la calidad de contrato Estatal totalmente independiente, con características y rasgos propios. Esto fue posible con la expedición de la Ley 80 de 1993 donde se define este contrato y se delimitan sus elementos más importantes.

## **6. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN.**

Hasta el momento se ha referido el tema de las concesiones y su desarrollo legal, también se ha hablado de los cambios más importantes que ha tenido esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, pero no se podría continuar sin hacer una precisión importante que trae con sí la Ley 1508 de 2012 en la cual se contemplan las posibilidades de constitución de asociaciones público privada.

Lo que realmente llama la atención en esencia, está en el artículo segundo de la norma referida en la que se entiende que las concesiones quedaran comprendidas dentro de este tipo de asociaciones, así lo establece la norma al decir; que “las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración”<sup>94</sup>.

Ahora bien, de este enunciado nacen varios interrogantes relevantes como el saber que significa que las concesiones se encuentren comprendidas dentro de este tipo de asociaciones público privadas, saber si con tal norma las concesiones desaparecen y son sustituidas por esta figura.

---

<sup>94</sup> Congreso de la Republica de Colombia, Ley 1508 de 2012, Por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones, Bogotá, Diario Oficial No. 48.308 del 10 de enero de 2012, Artículo. 2

Por ello, en principio nos referiremos al artículo primero de esta ley en la cual se define las asociaciones público privada de la siguiente manera:

Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio<sup>95</sup>.

En complemento de lo anterior, el artículo tercero<sup>96</sup> de esta norma al referirse al campo de aplicación estipula que la entidad Estatal encarga a un inversionista privado el desarrollo, el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento.

Se evidencia de lo anterior que la existencia de las asociaciones público privadas se encuentra relacionada y ligada a la construcción, reparación, mejoramiento y equipamiento, es decir, el ámbito de aplicación de este tipo de contratos se encuentra limitado en cuanto a su campo de acción, porque no se puede suscribir contratos de asociaciones público privadas cuyo objeto no esté relacionado con estas actividades. Asimismo<sup>97</sup>, la ley ha asignado como monto para el desarrollo de este tipo contractual una cantidad dineraria que debe ser superior a los seis mil (6.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y como *conditio sine qua non* el contrato no puede tener un plazo mayor a los treinta años aun con la inclusión de prórrogas.

---

<sup>95</sup> *Ibíd.*, Artículo. 1

<sup>96</sup> Véase artículo 3 de la ley 1508 de 2012 (\*) “La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.

<sup>97</sup> Véase Parágrafo 1 del artículo tercero de la ley 1508 de 2012” (\*) “Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv” y artículo 6 de la ley 1508 de 2012 (\*) “Los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada, tendrán un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas”.

Este tipo de contratos no se encuentra restringido a la iniciativa pública dado que los particulares cuando lo deseen y en cumplimiento de los requisitos exigido por la ley también podrán tener iniciativas para la celebración de estos.

De esta superflua revisión de la norma, se evidencia que este tipo de contratos se encuentra limitado por las condiciones de las que ya nos hemos referido, lo que implica que, se debe tener en cuenta que cuando se proyecte la construcción de una infraestructura si su monto por ejemplo es inferior a los 6000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, no se debe usar esta figura si no tomar mano de la concesión u otro tipo contractual.

Por tanto, los contratos de concesión desde un criterio personal no desaparecen con esta norma porque las asociaciones público privadas no son más que una atenuación de lo que se conoce como contrato de concesión de obra -tema el cual nos referiremos más adelante-, dicha limitación que para el caso Colombiano se encuentra determinada por el monto del contrato, la temporalidad y los demás requerimientos que establece la Ley 1508 de 2012 dado que, si se da cumplimiento a tales características indefectiblemente la tipología contractual serán las asociaciones público privada.

Pero si por el contrario, no se llegasen a configurar tales presupuestos entonces la entidad deberá suscribir una concesión de obra u otro tipo contractual que se adecue, por ello, la ley entiende que las concesiones se encuentran comprendidas dentro de esta modalidad contractual, esa comprensión está relacionada con el cumplimiento de los requerimientos exigidos ya referido.

De modo que, esto trae una alteración al régimen legal de las concesiones en la medida que condiciona para una de sus especies como lo es el contrato de concesión de obra la suscripción de este tipo de contratos y permitir a través de

este tipo de asociaciones público privadas inyectar presupuesto privado para el desarrollo y modernización de la infraestructura teniendo en cuenta que en ocasiones y tratándose de proyectos de alta cuantía las entidades de orden público no cuentan con el presupuesto suficiente.

## **7. LA CONCESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO**

Como se ha venido analizando, con el estatuto de la contratación pública se dio un horizonte y dirección al concepto de concesión administrativa encuadrándola como un contrato administrativo autónomo con sus elementos y características propias.

De esta forma, se ha unificado el concepto de contrato de concesión en el cual se busca abarcar todas las tipologías de esta especie contractual, sin embargo, como lo ha manifestado el Consejo de Estado “a pesar del carácter unitario que la norma citada pretende darle al contrato de concesión, la jurisprudencia y la doctrina han identificado, por lo menos, tres modalidades distintas de dicho contrato: (i) concesión para la prestación de un servicio público; (ii) concesión para la construcción de una obra pública, y (iii) concesión para la administración y explotación de un bien de carácter público”<sup>98</sup>. Esta clasificación<sup>99</sup> ha dado mayor lucidez sobre el término y un acercamiento más concreto a su significación.

Dentro de esta clasificación, nos encontramos con una de las más antiguas formas de concesión como lo es la que se hace para la construcción de una obra y que

---

<sup>98</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo; sala de consulta y servicio civil, Consejero. Ponente. William Zambrano Cetina. Exp: 00212, Bogotá, Concepto de Agosto 2013,

<sup>99</sup> Al respecto véase a Santofimio Jaime en 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, en la que se evidencian las tres modalidades de la concesión al sostener “la vinculación de la figura de la concesión administrativa a la problemática interventora del Estado y la consecuente exigencia de que la explotación de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras, de titularidad pública, que han de ser concesionados, se caractericen por su ostensible contenido económico, provienen jurídicamente del desarrollo coherente y articulado de las cláusulas constitucionales del Estado social y democrático de derecho”

hoy el Consejo de Estado Colombiano define como un contrato administrativo de la siguiente manera:

La concesión de obra pública es la que se configura cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso públicos, contrato que se caracteriza porque el contratista adquiere no sólo la obligación de construir la obra, sino también la de ponerla en funcionamiento, esto es, la de explotarla, obtener ingresos por este concepto y pagarse así lo invertido en la construcción<sup>100</sup>.

La segunda forma de concesión administrativa, es la que se presenta para la administración y explotación de un bien de carácter público cuya finalidad, como lo afirma la Corte Constitucional en Sentencia C-250 de 1996 es “el uso de un bien público (...), que en principio, como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al Estado. Su objeto está directamente relacionado por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales”<sup>101</sup>.

Por último, nos referiremos a las concesiones que interesa para efectos de este estudio, es decir, las denominadas concesiones de servicios públicos, que como su nombre lo indica son contratos desarrollados entre el Estado y el particular para la prestación de un servicio público.

Sobre las definiciones y alcances de lo que significa el servicio público, con anterioridad se ha indicado su concepto en este título, poniendo de manifiesto todas las dificultades que a lo largo de la historia ha presentado el llegar a un acuerdo sobre la definición del término, dejando por sentado, que en Colombia por

---

<sup>100</sup>Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez, Exp: 00071 Bogotá, 18 de marzo de 2010.

<sup>101</sup> Corte constitucional Sentencia C-250 de 1996, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara



disposición constitucional este tipo de servicios adquiere protagonismo en la medida que son considerados como “inherentes a la finalidad social del Estado”<sup>102</sup> y como un elemento importante en la construcción del nuevo modelo Estatal que trajo la Constitución de 1991.

Partiremos por citar al profesor Marienhoff quien se refiere a las concesiones de servicios públicos de la siguiente manera:

La concesión de servicio público es una manera en que el Estado satisface necesidades generales valiéndose para ello de la colaboración de los administrados. Constituye un caso de colaboración por participación voluntaria en la prestación de los servicios públicos. Trátase de los servicios públicos llamados propios<sup>103</sup>.

De lo dicho dedúcele que el sistema jurídico de la concesión de servicio público, se halla fundamentalmente influido por el régimen jurídico de servicio público. Esto jamás ha de olvidarse, pues, como bien se dijo, el servicio público, aunque concedido en lo atinente a su prestación, no deja de ser servicio público<sup>104</sup>.

Desde esta perspectiva, con la concesión de servicios públicos se da satisfacción a necesidades generales por parte del Estado que al encontrarse en la imposibilidad de suplirlas por sí mismo solicita mediante esta figura contractual la colaboración de los particulares.

Esta colaboración en nuestro ordenamiento jurídico, se ha denominado como descentralización por colaboración, concepto desarrollado por la jurisprudencia colombiana y de la cual en Sentencia C-909 de 2007 la Corte Constitucional se ha referido así:

---

<sup>102</sup> Constitución política de 1991 Óp. Cit, artículo 365

<sup>103</sup> Marienhoff miguel, Tratado de derecho administrativo Tomo III B; contratos de la administración pública. teorías general y de los contratos en particular, Argentina 1998, p.250

<sup>104</sup> Ibid., p.250

Cuando la administración pública no asume la prestación de determinados servicios, puede ocurrir que la ley autorice a los particulares para que tomen a su cargo la actividad respectiva, presentándose, entonces, la figura de la descentralización por colaboración, autorizada mediante los artículos 1º., 2º., 123, 209, 210 y 365 de la Constitución Política. En la descentralización por colaboración, un determinado tipo de entidad privada, nacida de la libre iniciativa de los particulares, y que inicialmente se constituye para cumplir propósitos que sólo interesan a éstos, en razón del conocimiento y la experiencia por ella acumulados, es investida por ley de determinadas funciones públicas, bajo la consideración de que su cumplimiento resulta más eficiente en cabeza suya que en cabeza de una entidad estatal. En cada caso de asignación de tales funciones, la misma ley regula de manera cuidadosa todos los aspectos relacionados con el carácter público de la función encomendada<sup>105</sup>.

La forma más común de materializar la descentralización administrativa por colaboración es mediante el otorgamiento de concesiones por parte de la administración a los particulares quienes a pesar de buscar unos intereses individuales, están supeditados al cumplimiento de los colectivos en la prestación del servicio

Por otro lado, el profesor María Dupla también nos manifiesta desde su punto de vista lo que son las concesiones administrativas de servicios públicos:

La concesión administrativa constituye la forma más típica y clásica de gestión indirecta de los servicios públicos (...).

La concesión administrativa se caracteriza por el hecho de que un particular entra a realizar una actividad que es propia de la Administración, produciéndose una escisión entre la titularidad de servicio que permanece en la Administración

---

<sup>105</sup> Corte Constitucional Sentencia C-909 De 2007, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

Pública concedente y la gestión del servicio que se encomienda a un particular, el cual corre con el riesgo económico de la explotación. Se produce, en consecuencia, una transferencia en favor de un particular de las facultades de gestión de un servicio público<sup>106</sup>.

Esta gestión indirecta a la que se refiere Dupla, es un mecanismo con el cual cuenta la administración pública para dar cumplimiento adecuado, eficiente y de calidad para aquellos servicios que se le han endilgado y de los cuales su conocimiento es forzosamente obligatorio, mucho más cuando por ejemplo en el caso Colombiano la Constitución le da la calidad de Estado social de derecho y constantemente ordena el cumplimiento de unos mínimos en los cuales es intransmisible una omisión o violación.

Por su parte, el profesor José Canasi expresa al respecto:

"La concesión de un servicio público no es más que el servicio público, que en lugar de prestarlo el Estado directamente en sentido lato, Nación, provincias o municipalidades y otras entidades administrativas descentralizadas lo prestan personas privadas, físicas o jurídicas, y a veces una entidad pública, con quienes las personas jurídicas públicas se vinculan contractualmente por medio de una concesión, debiéndose tomar el servicio público en su unidad orgánica"<sup>107</sup>.

Ahora bien, en el caso Colombiano ocurre una particularidad en materia de concesión, porque no siempre es un particular a quien se le otorga la concesión para la prestación de un servicio público, dado que hay situaciones en las cuales en virtud de la descentralización por servicios se crean entidades estatales con una finalidad especialísima que pretenden la satisfacción de un servicio público.

---

<sup>106</sup> Dupla Óp., Cit, p.75-76

<sup>107</sup> Zegarra, Óp., Cit, p.101

Ante tal situación, dichas entidades adquieren autonomía administrativa y financiera pero sobre todo una personalidad jurídica que le hace susceptible de tener derechos y de contraer obligaciones, tales entidades llámese empresas industriales y comerciales o sociedades de economía mixta que es el ejemplo más claro sobre este asunto, pueden ser del orden nacional, departamental o municipal y cuando fuese necesario ellos tendrán que suscribir las concesiones a que hubiese lugar para el cumplimiento del objeto por el cual fueron creados.

Esta situación es bastante particular, en la medida, que tradicionalmente la concesión ha sido propia de la relación Estado y particular, pero modifica tal posición para que se configure, desde una perspectiva personal una concesión administrativa pública, en la cual concurren dos entidades públicas a la celebración del contrato.

Ahora bien, cuando se habla de concesión para la prestación de servicios públicos es imprescindible que en materia de contratación estatal nos tengamos que referir a la Ley 80 o Estatuto de la contratación pública especialmente su artículo segundo, numeral tercero, en el cual se asigna una definición al termino servicio público.

Al respecto, reza la Ley 80 de 1993 diciendo que estos son: “Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”<sup>108</sup>.

Tal concepto, debe apreciarse bajo el entendido que su interpretación ha de ser armonizada con las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y

---

<sup>108</sup> Ley 80 de 1993, Óp. Cit, Artículo 2

jurisprudenciales comentadas en el capítulo anterior, pues no puede hacerse una interpretación aislada de la noción.

De igual forma, de este artículo se pueden extraer varios elementos; primero la satisfacción de un interés general, segundo su prestación debe ser continua y en el caso de los servicios públicos que son esenciales ininterrumpida, y tercero a pesar que la prestación del servicio este a cargo de los particulares el Estado siempre tendrá la responsabilidad de ejercer control continuo sobre ellos con el ánimo de cumplir con el último elemento que se menciona en el artículo citado como lo es la consecución de sus fines.

Todo esto, nos permite entender la magnitud y la importancia que representa para nuestro ordenamiento jurídico que la prestación de los servicios públicos abarque una correcta planeación.

En ese sentido afirma el doctor Santofimio “(...) la figura de la concesión de servicios públicos, debe estar mediada entonces para su existencia, organización, aseguramiento y prestación, por un debido y adecuado proceso previo de planeación, que implica irremediablemente, el de su estructuración en todos los aspectos, con el claro propósito de que la misma resulte viable y se proyectó de manera positiva en la búsqueda de los fines esperados”<sup>109</sup>.

Es decir, el contrato mediante el cual se otorga la concesión a los particulares no debe ser deliberado o sin planeación porque están en juego derechos que son fundamentales y obligaciones prestacionales que como ya hemos dicho son de obligatoria observancia.

Dentro de estas concesiones de servicios públicos podemos encontrar una categoría que es de nuestro interés y está relacionada con las llamadas

---

<sup>109</sup> Santofimio Orlando Óp., Cit, p. 151

concesiones para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, cuyo marco normativo está plasmado en la Ley 142 de 1994.

Esta norma tiene su fundamento en el artículo 367 de la Constitución Política en la que se faculta al legislador para fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario<sup>110</sup>, de ahí, que la Ley 142 de 1994 regula y complementa algunos aspectos que no son contemplados en la Ley 80 o estatuto contractual.

Ahora bien, sobre este aspecto es importante el hacer una precisión, “la expresión contrato de concesiones tiene diferentes alcances en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, haciendo referencia a tres instituciones diferentes; I) prestación de servicios II) uso de bienes públicos como el agua o el espectro electromagnéticos III) explotación de redes o bienes estatales afectados a la prestación de servicios públicos”.<sup>111</sup>

Esta clasificación se justifica teniendo en cuenta las necesidades en materia de concesión de cada servicio pues como lo afirma la Ley 142 en su artículo 22 al sostener “Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades”<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Constitución política de 1991 Óp., Cit, artículo 367: (\*) La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

<sup>111</sup> Benavides José Luis; Santofimio Orlando; comps. Régimen contractual del sector de servicios públicos domiciliarios, aspectos introductorios. En: Contratación estatal, estudios sobre la reforma del estatuto contractual ley 1150 de 2007; Bogotá, Colombia; 2009; p. 410-412

<sup>112</sup> Ley 142 de 1994 Óp., Cit, Artículo 22. (\*) Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar

## **8. EL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y SU RELACIÓN CON LA CONCESIÓN.**

La situación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en materia de prestación, ha sido uno de los retos más complejos de superar a nivel de Estado colombiano, no solo ahora, sino también a lo largo de la historia del país. Colombia en sus más de doscientos años ha sufrido un sin número de transformaciones políticas, económicas y sociales que han incidido en la forma como estos servicios se han venido prestando. La independencia del yugo español fue la propiciación para el nacimiento de una nueva república que se erigió bajo las consignas de la libertad, la igualdad y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población.

Sin embargo, todas estas ideas resultaron no ser más que fascinantes predicas utópicas, porque la realidad del país era diametralmente opuesta, con más frecuencia este se subsumía en la inexperiencia y los grandes sectarismos políticos que infectaban la nación pretendiendo la búsqueda de intereses particulares no hicieron más que dar lugar a la división del país, al incremento de la pobreza y el surgimiento de un sin número de guerras que han perdurado hasta nuestros días.

A pesar de todas estas circunstancias, las obligaciones del Estado para satisfacer las necesidades mínimas de la población no desaparecen, permanecen vigentes y con ellas la búsqueda para suplir a las mismas.

Ahora bien, a diferencia de otras organizaciones poblaciones como el caso de algunos países Europeos los sistemas de alcantarillado y acueducto han tenido un

---

deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades

amplio desarrollo a través de la historia, sin embargo, para el “reciente” continente americano y la naciente Colombia, solo hace un par de siglos se inicia la etapa de construcción y adecuación de las redes y sistemas. Como lo afirma el profesor Vergès, Jean-François “(...) Los países de América Latina, en contraste, son en promedio mucho más extensos territorialmente, con una geografía más difícil, densidades de población más bajas y distancias mucho más grandes entre sus asentamientos humanos”<sup>113</sup>, de tal forma, que los retos siempre han sido grandes para la construcción de instrumentos idóneos que permitan una completa cobertura.

En ese orden, se iniciara por hablar del servicio público de acueducto el cual también es entendido como servicio de agua potable, para lo cual es pertinente citar a Moncada Mesa (et la) quien nos describe su panorama así:

La historia del servicio público domiciliario de agua potable en Colombia se inició en las últimas décadas del siglo XIX (Valencia, 2010). Este comenzó como un servicio prestado por particulares y de carácter local, teniendo como ejemplos los casos de Bogotá (1886), Barranquilla (1880) y Medellín (1891) (CRA, 2001). Después de 1910, se presentó una transformación en la propiedad de los activos, el Estado fue asumiendo su prestación de manera creciente, primero por los municipios y luego por los departamentos y la nación, hasta llegar a la década de los noventa, en la cual se puede decir que hubo una estatización completa del servicio de agua potable en el país<sup>114</sup>.

Los esfuerzos por la ampliación y crecimiento de este servicio, eran cada vez más constantes y frecuentes por la importancia que tiene el líquido y su relación con el mejoramiento de las condiciones de vida, ejemplo de esto fue la expedición de la

---

<sup>113</sup> Vergès, Jean-François, Experiencias relevantes de marcos institucionales y contratos en agua potable y alcantarillado, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Colección Documentos de proyectos, Santiago de Chile, Agosto del año 2010, p.9

<sup>114</sup> Ecos de economía revista de Economía universidad EAFIT Año 17 | No. 37 | 2013, Moncada Johnny, Pérez Carolina, Darío Germán & Valencia Agudelo; Comunidades organizadas y el servicio público de agua potable en Colombia: una defensa de la tercera opción económica desde la teoría de recursos de uso común;



Ley 65 de 1936 “por la cual se fomenta la construcción de acueductos y alcantarillados, dicha norma estaba integrada por dos artículos que de manera concreta señalaban las condiciones de los “auxilios o empréstitos” que debía dar la nación a ciertos municipios para la construcción de sus obras de aguas, resultando tal disposición una regulación a las condiciones de un crédito que a las de un servicio público”<sup>115</sup>.

Este tipo de eventos, como el ejemplo traído a colación aunque parezca aislado han tenido tendencias enfocadas hacia aspectos puntuales como lo es la expansión de la cobertura y la prestación con calidad del servicio.

En todo caso, la reforma más importante que ha sufrido el servicio público de acueducto ha sido con la expedición de la Constitución de 1991<sup>116</sup>, en la cual el suministro del agua potable se transforma en una prioridad para el Estado a la hora de hacer la distribución de los recursos y de las competencias a las entidades territoriales.

Al respecto de esto, el artículo 366 de la Carta también ha sostenido que “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”<sup>117</sup>.

Posterior a la Constitución, indudablemente ha sido la Ley 142 de 1994 de la cual ya hemos hablado previamente la que trata este servicio con mucha más

---

<sup>115</sup> Barreto Antonio, La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la década de los treinta, revista jurídica Opción jurídica, Volumen 10 Núm. 20, Universidad de Medellín, año 2014, p. 77

<sup>116</sup> Véase Constitución política de 1991, Artículo 356 “Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre.”

<sup>117</sup> Ibid.

profundidad y el cual es definido de la siguiente manera “Servicio público domiciliario de acueducto. Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte”<sup>118</sup>.

En ese sentido, una de las principales características del servicio público de acueducto es la proporción de agua que sea útil para el consumo humano y con facilidades de acceso doméstico como lo ha manifestado en sentencia T-1104 de 2005, la Corte Constitucional al sostener:

(...) el servicio público de acueducto tiene como finalidad la satisfacción de necesidades vitales de las personas, lo que exige, naturalmente, el suministro de agua apta para el consumo humano pues no podrá considerarse que el servicio se presta con el mero transporte del líquido, sin aplicarle ningún tipo de tratamiento cuando no reúne las condiciones físicas, químicas y bacteriológicas mínimas exigidas para su uso, sin que ponga en riesgo la salud y la vida de sus consumidores.<sup>119</sup>

Lo que se deriva de las acotaciones hechas previamente es que este servicio comporta una importancia significativa para quien se beneficia de él por tratarse de una necesidad indispensable para el ser humano, de ahí, que la Corte Constitucional ha catalogado a este servicio como un derecho fundamental.

El agua se considera como un derecho fundamental y, se define, de acuerdo con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como “el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal o doméstico”. El agua se erige como una necesidad básica, al ser un elemento indisoluble para la existencia del ser

---

<sup>118</sup> Ley 142 Óp., Cit, artículo 14

<sup>119</sup> Colombia, Corte Constitucional sentencia T-1104 de 2005 Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería

humano. El agua en el ordenamiento jurídico Colombia no tiene una doble connotación pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficiente y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>120</sup>.

Sin duda alguna, las características de derecho fundamental de este servicio domiciliario implica para el Estado a través de sus entidades la obligación de brindar la adecuada y eficiente prestación del servicio y la creación de condiciones que permitan el acceso masivo de la población.

Las circunstancias en las cuales se dan estas dos regulaciones normativas con importante impacto en la actualidad, eran las de un gran monopolio por parte del Estado en las actividades tendientes a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, pero que con contadas excepciones existían grandes niveles de ineficiencia, detrimento al erario y disminución de la confianza pública por los elevados índices de corrupción.

Por otro lado, al referirnos al servicio público de alcantarillado en Colombia hay que decir al respecto que este ha tenido un desarrollo lento y complejo, por todos los eventos ya referidos, sumados a que tradicionalmente en Colombia estos sistemas eran absolutamente nuevos, los sistemas de comunicación y de transporte eran precarios por lo que su construcción fue paulatina.

En el caso del servicio público domiciliario de alcantarillado en materia de cobertura “la variación entre los años 1938 y 1993 para el total del país

---

<sup>120</sup> Colombia, Corte Constitucional Sentencia T-740 de 2011, Magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto.

corresponde a un incremento de 56,3 puntos porcentuales<sup>121</sup> es decir, para el año de 1938 la cobertura para el total del país era del 23.58%<sup>122</sup>. Sin embargo, los indicadores han aumentado ostensiblemente.

En la actualidad son muchos los retos que tienen enfrente las prestadoras de este servicio, por lo cual su prestación se hace cada vez más compleja, gracias al acelerado aumento demográfico y porque se encuentran en juego el disfrute de un ambiente sano, como lo afirma Salinas.

En lo que se refiere al servicio de alcantarillado, el indicador de tratamiento de aguas residuales es crítico en todo el país y es un área que requiere un gran esfuerzo de inversión y gestión hacia el futuro. Sólo el 25% de las aguas que se vierten en los cuerpos de agua es tratado, con el indudable impacto ambiental por la alta carga contaminante y el aumento de costos en los acueductos que captan posteriormente de estas fuentes. De hecho, sólo cerca del 30% de los municipios del país cuentan con sistemas de tratamiento de aguas residuales, concentrados en municipios de más de 10 mil habitantes. Para el caso de municipios de menos de 10 mil habitantes, sólo el 26% posee sistemas de tratamiento. En los centros urbanos se trata cerca del 41% del total de las aguas vertidas<sup>123</sup>.

Por otro lado, ha sido el numeral 23 del artículo 14 de la Ley 142 el encargado de definir este servicio de la siguiente manera: “es la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos”<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Revollo Daniel, Ramírez Juan & Manjarrez José, comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico, revista; regulación de agua potable y saneamiento básico, no 15 año, una primera aproximación para cuantificar los beneficios económicos asociados a incrementos en cobertura y calidad en el sector de acueducto y alcantarillado en Colombia, p. 10

<sup>122</sup> *Ibíd.*

<sup>123</sup> Salinas Martín, Retos a futuro en el sector de acueducto y alcantarillado en Colombia, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, año 2011, p. 8

<sup>124</sup> *ibíd.*, artículo 14

También, el numeral 19 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 refiriéndose a este servicio lo coloca dentro de la categoría de servicios públicos de saneamiento básico entendido como aquellas “(...) actividades propias del conjunto de los servicios domiciliarios de alcantarillado y aseo”<sup>125</sup>.

Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional que el saneamiento básico, debe ser entendido como “(...) el acceso a un sistema para la colección, transporte, tratamiento, y disposición o reutilización de las excretas humanas y otras asociadas...”<sup>126</sup>.

Este tipo de distinción, del servicio público de alcantarillado asociado al saneamiento básico demuestra la importancia que se le ha dado por la ley y la jurisprudencia para una adecuada prestación.

Al respecto ha sostenido la corte constitucional.

Su prestación contribuye directamente al cumplimiento de la finalidad social del Estado Social de Derecho prevista en los artículos 1 y 2 de la Constitución Nacional que, de acuerdo con el artículo 366 C.N se concreta en el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. La consecuencia de estos postulados es tal que, como lo ha sostenido la Corte, la legitimidad y la eficacia sustantiva del Estado Social de Derecho se mide por la capacidad de éste para satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población, mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualación de las condiciones materiales de existencia de las personas. Por eso cuando el servicio público de alcantarillado no se presta de manera eficiente (art. 365 C.N), se pone en peligro la posibilidad de hacer realidad la igualdad material entre todos los

---

<sup>125</sup> ibíd., artículo 14

<sup>126</sup>Corte constitucional sentencia T-707 de 2012 magistrado ponente Luis Ernesto Vargas silva.

integrantes de la comunidad y de garantizar la eficacia del Estado Social de Derecho<sup>127</sup>.

En ese sentido, es innegable el valor constitucional que se le ha dado a este servicio público domiciliario, en el cual las faltas en su prestación implican el incumplimiento a un cúmulo de derechos fundamentales que se encuentran asociados.

El saneamiento básico, entendido como el acceso a un sistema para la colección, transporte, tratamiento, y disposición o reutilización de las excretas humanas y otras asociadas, genera obligaciones en materia de derechos fundamentales indispensables para garantizar la dignidad humana, pues las personas que no cuentan con sistemas adecuados para este fin, carecen de condiciones higiénicas y seguras que les permitan desarrollar sus proyectos de vida en espacios libres de enfermedades y olores nauseabundos. En efecto, quienes carecen de saneamiento básico se ven expuestos a epidemias y enfermedades prevenibles que aumentan los niveles de mortalidad infantil, así como a olores que hacen insoportable el ambiente en el que viven<sup>128</sup>.

En consecuencia, este tipo de eventos de los que hemos hablado referente a las dificultades presentes en la prestación de estos dos servicios han permitido que las concesiones sean más frecuentes y que se utilice con mucha más periodicidad la colaboración del particular para dar cumplimiento a las necesidades que aquejan a la población.

Siendo esto así, cuando se pretenda entregar en concesión la prestación del servicio público domiciliario de acueducto el contrato estará relacionado con la “captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción

---

<sup>127</sup> *Ibíd.*

<sup>128</sup> *Ibíd.*

y transporte”<sup>129</sup>, para este caso, la forma más común como el concesionario amortiza la inversión es a través del cobro de facturación por la prestación del servicio.

Asimismo, cuando se pretenda entregar en concesión la prestación del servicio público domiciliario de alcantarillado ella versará sobre la “colección, transporte, tratamiento, disposición o reutilización de las excretas humanas y otras asociadas”<sup>130</sup> en las cuales, la forma más eficiente de amortización también será por el cobro de la facturación por prestación del servicio.

### **CAPITULO III**

#### **CLÁUSULA EXCEPCIONAL DE REVERSIÓN.**

#### **1. CLÁUSULAS EXCEPCIONALES**

Lo primero a decir sobre las cláusulas excepcionales será, que la relación contractual que existe entre los particulares y el Estado es anómala con respecto a la que se presenta entre las personas privadas, por la sencilla razón que se encuentran en juego –sobre todo para el Estado- intereses que trascienden la esfera individual y se encuentran directamente relacionados con la obtención del preciado interés general.

Como lo dice Serra Andrés “El fin de la administración pública es la realización del interés general por medio de una acción desinteresada de todo propósito de lucro, que se asegura con determinadas prerrogativas que establecen un régimen jurídico exorbitante del privado”<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> ley 142 Óp. Cit, artículo 14

<sup>130</sup> *Ibíd.*

<sup>131</sup> Serra Andrés, derecho administrativo, doctrina, legislación y jurisprudencia, octava edición, tomo primero, Argentina, Ediciones Porroa S. A., año 1977, p.78.

Por ello, es tal la búsqueda del interés general, que lo que conocemos como autonomía de la voluntad, en la contratación pública está limitada considerablemente, especialmente por la ley en la cual se decantan una serie de prerrogativas que tienen como finalidad el cumplimiento de los fines del Estado y el aseguramiento del provecho general.

En ese sentido ha dicho el Consejo de Estado;

El principio general que preside la actividad contractual (pública o privada) es la autonomía de la voluntad que si bien se ha entendido como la facultad de las personas reconocida por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y, por ende, crear derechos y obligaciones en procura de la satisfacción de sus fines o necesidades, lo cierto es que se encuentra claramente limitada por la ley y, "...en veces atenuada o ausente, ya por *ius cogens*, orden público, normas imperativas, ora por moralidad, ética colectiva o buenas costumbres.

Es por esa misma anomalía en la relación contractual que hay una serie de poderes exorbitantes que recaen en el Estado los cuales le permiten actuar dentro de ésta como un privado, hecho que se conoce como cláusulas excepcionales o exorbitantes.

En palabras de Cuenca Carlos la cláusula excepcional es una "cláusula unilateral que rompe la igualdad de las partes y que faculta en forma exclusiva, a la entidad contratante a tomar decisiones a su favor sin obtener previamente el sentimiento del particular contratista"<sup>132</sup>.

También ha sostiene Osorio Néstor "Las cláusulas excepcionales al Derecho común son prerrogativas que ostenta la administración pública, dentro de la

---

<sup>132</sup> Cuenca Carlos; López Luisa & Martínez Juan; cláusulas excepcionales, en la contratación estatal, teoría general, perspectiva comparada y regulación internacional; Bogotá Colombia; año 2010; p.262.



relación jurídica contractual, y que conlleven a privilegiar a uno de los sujetos de la relación negocial, bajo criterios de interés público o por decisión del legislador”<sup>133</sup>.

Al respecto, el artículo 14 de la Ley 80 arguye:

De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato...

2o. **Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos** que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, **la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado**, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente<sup>134</sup>.

(Subrayado en negrita fuera del texto original)

Analizado lo anterior, se resalta que dichas cláusulas desde la óptica del legislador colombiano tienen como “exclusivo objeto evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”<sup>135</sup> lo cual es lógico, en la medida que a la hora de la

---

<sup>133</sup> Osorio Néstor; Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?, universidad Externado de Colombia, Bogotá, revista virtual de derecho administrativo, número 10, año 2013.

<sup>134</sup> Ley 80 de 1993 Óp., Cit Artículo 14

<sup>135</sup> Ramos Amparo y Ramos Jairo, contratación estatal, teoría general y especial actualizado y sistematizado con las normas vigentes, Bogotá, Tercera Edición, año 2014, p.148

celebración del contrato y ejecución del mismo se encuentra en juego el erario y por ende los intereses colectivos de los ciudadanos.

Así lo ha establecido el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

En la exposición de motivos del estatuto contractual de 1993 se establece que la administración debe estar dotada de mecanismos eficaces, así fueren excepcionales, que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales. Es por eso que cuando se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios, las entidades públicas pueden tomar medidas que conduzcan a garantizar la continua y adecuada prestación del servicio, con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular<sup>136</sup>.

De forma similar la Corte Constitucional ha sostenido que “La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general”<sup>137</sup>.

Ahora bien, la posibilidad de dar aplicación a estas cláusulas exorbitantes no puede considerarse como una potestad que busquen causar un perjuicio al contratante, por ello, el legislador y la jurisprudencia han establecido unas reglas puntuales para que opere su aplicación bajo determinadas circunstancias y congregando cuatro grupos de contratos bajo las siguientes reglas.

En el primer grupo se encuentran<sup>138</sup> los contratos en los cuales es obligatorio pactar las cláusulas excepcionales, a éste pertenecen el contrato de obra, el

---

<sup>136</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección B, Magistrada Ponente, Stella Conto Díaz Del Castillo, Exp: 00291-01 Auto 19483, Bogotá, 06 de abril de 2011

<sup>137</sup> Corte Constitucional Sentencia C-400 de 1999; Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa

<sup>138</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso administrativo; sección tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp; 01008 Bogotá, noviembre 30 de 2006

contrato de explotación y concesión de bienes del Estado, el de prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal.

El numeral segundo del artículo 14 es claro al establecer: que se “pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común (...) en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra”.<sup>139</sup> (Subrayado fuera del texto)

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente.

Al segundo grupo pertenecen:

los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula; en estos contratos se encuentran los que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales<sup>140</sup>.

El tercer grupo lo integran: “los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro”<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Ley 80 de 1993 Óp., Cit, Artículo 14.

<sup>140</sup> Consejo de Estado Óp. Cit, noviembre 30 de dos mil seis 2006.

<sup>141</sup> Ibíd.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

EL cuarto grupo está constituido por:

(...) todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley y no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios<sup>142</sup>.

Con respecto a lo anterior han sido reiterados los pronunciamientos del Consejo de Estado en los cuales se ha dicho que “las cláusulas excepcionales o el uso de las mismas, solo es posible pactarlas o ejercerlas, cuando existan normas legales consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que expresamente las autoricen”<sup>143</sup>.

Sin duda alguna, estas potestades unilaterales no son absolutas en la medida que la aplicación no puede estar sometida al arbitrio de las entidades públicas, si no bajo el respeto de la preceptiva legal y del debido proceso como un principio rector de la contratación pública<sup>144</sup> en miras a un ejercicio contractual adecuado por tratarse en últimas de un derecho fundamental aplicable a todas las actuaciones administrativas y su observancia como obligatoria para el funcionario que representa al Estado.

---

<sup>142</sup> *Ibíd.*

<sup>143</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso administrativo; sección tercera, Subsección C, Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz, Exp: 01635, Bogotá, 16 de marzo de 2015.

<sup>144</sup> Congreso de la república, ley 1150 de 2007 Por Medio De La Cual Se Introducen Medidas Para La Eficiencia Y La Transparencia En La Ley **80** De 1993 Y Se Dictan Otras Disposiciones Generales Sobre La Contratación Con Recursos Públicos, Art. 17.

*El pacto de facultades exorbitantes o excepcionales sólo puede hacerse cuando medie autorización del legislador de incorporar al contrato las cláusulas que regulan su ejercicio, es decir, en los eventos previa y expresamente establecidos por la ley, ya que estos poderes enormes no pueden quedar a la mera autonomía de la voluntad de las partes, a quienes no les es dable convenirlas.<sup>145</sup>*

La importancia de esta aclaración se da en la medida que las potestades extraordinarias dadas al Estado no pueden servir como instrumento de vulneración de garantías protegidas constitucionalmente o llevar a que éste obre de forma tal, que desconozca sus obligaciones para con el particular las cuales le permiten la consecución de sus fines.

Ahora bien, con las modificaciones a la Ley 80 de 1993 entre ellas una de las más importantes la Ley 1150 de 2007 se mencionan dos figuras exorbitantes que quedaron por fuera del paquete de la Ley de contratación pública y de las cuales se hizo necesario que estas se regularan por la usanza o frecuencia con que se utilicen, tal es el caso de las multas y las cláusulas penales pecuniarias.

El artículo 17 de la Ley 1150 se refiere a las multas así; “tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones<sup>146</sup>”, es decir, las multas tiene como principal finalidad el conminar al contratista para que regrese al cumplimiento de las obligación que se encuentran a su cargo y que por razones injustificadas este ha abandonado, hecho que también implica que tal conminación se haga en aquellos eventos en los cuales existe un incumplimiento, pero que no es tan grotesco y suficiente -como en el caso de la caducidad- para dar por terminado el contrato.

---

<sup>145</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera, Subsección B; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio Exp: 00494, Bogotá, 28 de Septiembre de 2011

<sup>146</sup> Ley 1150 de 2007 Óp. Cit Artículo 17

Del mismo modo, es necesario que la multa se encuentre pactada en el contrato porque de lo contrario la estipulación que la incorpore es nula, pero solo la estipulación porque el contrato no es afectado por dicha nulidad.

Por último, se introduce a este grupo de cláusulas excepcionales la cláusula penal pecuniaria que como la define el Código Civil colombiano en su artículo 1592 es “(...) aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”<sup>147</sup>.

Para tal efecto, puede decirse que la imposición de las cláusulas excepcionales es una actividad Estatal que no debe ser provista de la arbitrariedad o ser ejercida con desconocimiento de garantías mínimas constitucionales, pues se reitera que su imposición debe encontrarse justificada por unas condiciones normativas que permitan su aplicación.

De ahí, que el debido proceso será fundamental para estas cláusulas especialmente cuando impongan sanciones porque como lo establece el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana y la Ley 1437 de 2011 el debido proceso es un principio y derecho fundamental que debe ser aplicado a todas las actuaciones.

Por eso, para el caso de la contratación pública como lo establece el artículo 17 de la ley 1150 “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”, lo cual implica que el ejercicio de la audiencia y defensa para el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria deben ser obligatorias previo a la expedición del acto administrativo que las impone.

---

<sup>147</sup> Congreso de la república, Ley 57 de 1887, Bogotá, Código civil colombiano, Artículo 1592.

## 2. CLÁUSULA EXCEPCIONAL DE REVERSIÓN

Sobre este punto, nos referiremos de forma particular a la cláusula excepcional de reversión exclusiva de los contratos de concesión y que en virtud de la ley tiene carácter obligatorio.

Al respecto, es importante destacar que en el Decreto 222 de 1983 no se hacía mención de la reversión, la razón tiene que ver fundamentalmente como se dijo en el capítulo de las concesiones que los contratos de concesión no se encontraban establecidos como autónomos y se le confundía con frecuencia como una forma de pago del contrato de obra.

Pese a lo anterior, podríamos decir que el artículo 104 de la norma citada que tenía por título “las estipulaciones obligatorias en el contrato de concesión”, traía con siglo un acercamiento a lo que se conoce como cláusula de reversión en el literal b del numeral 3° el cual establecía: “Que el concesionario tendrá a su cargo (...) b. La conservación y mejora de todos los bienes y elementos de propiedad de la entidad concedente adscritos al servicio de la obra y su restitución al término del contrato”<sup>148</sup>. (Subrayado fuera del texto)

Con referencia a esto, lo que era conocido como disposiciones obligatorias en el anterior estatuto de la contratación, con la Ley 80 de 1993, sufrió un cambio considerable en la medida que ya no se habla de disposiciones obligatorias, puesto que esa figura jurídica adquiere la denominación de cláusulas excepcionales y dentro ella se figura la de reversión, que es propia de los contratos de concesión.

La importancia a tal clasificación radica en la precisión y agrupación de las cláusulas que se encontraban dispersas y reguladas de forma aislada, para ahora identificarlas como cláusulas excepcionales.

---

<sup>148</sup> Decreto 222 Óp. Cit. Artículo, 104

Por su parte, el artículo 19 de la Ley 80 estipula: “En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna<sup>149</sup>”,

De esta manera se delimita el concepto de cláusula de reversión el cual se fortaleció con la autonomía que se entregó al contrato de concesión al establecerlo como un contrato independiente.

En ese sentido la Corte constitucional ha manifestado:

*La reversión implica, pues, por la naturaleza del contrato de concesión, que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieran por parte del concesionario al Estado -que como es obvio, siempre tendrá la calidad de entidad contratante-, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna<sup>150</sup>. (.....)*

Dentro de este marco el profesor García Carlos ha sostenido sobre la reversión que:

Reversión de bienes consiste en la obligación del concesionario de entregar a la Administración la obra o servicio y todos los instrumentos necesarios: bienes, acciones y derechos para asegurar la continuidad de esa obra o servicio una vez extinguida la concesión, por cualquiera de las causales establecidas en el artículo 46 de la Ley de Concesiones o en la demás Leyes que regulen concesiones especiales.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> Ley 80 de 1993 Óp. Cit. Artículo 19

<sup>150</sup> Sentencia C-250 de 1996 Óp. Cit, Corte Constitucional.

<sup>151</sup> García Carlos; reversión de bienes en el contrato de concesión; Derecho y Sociedad, Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monte Ávila, No 4; Caracas-Venezuela, año 2003, p.95



Partiendo de los supuestos anteriores, se deduce que el elemento principal para la aplicación de la reversión en los contratos de concesión sea cual fuese su especie es la extinción de la misma, ello implica que el plazo pactado por las partes para la explotación, prestación de un servicio o construcción de una obra debe haber expirado, instante en el cual el concesionario debe revertir los bienes que han sido afectados por él para el desarrollo del contrato.

Las anteriores afirmaciones no deben interpretarse como si la reversión fuese una causal de terminación o extinción de la concesión, posición que es asumida por algunos doctrinantes, sino que adoptando la posición del Profesor Duplá<sup>152</sup> al respecto, esta cláusula es el efecto que se produce cuando existe la extinción de la concesión.

En relación con lo anterior hay dos formas de extinción de la concesión administrativa; la primera de ellas considerada como forma normal de extinción la cual corresponde con el cumplimiento del plazo<sup>153</sup> del contrato o en caso que existiesen prorrogas el vencimiento de las mismas.

La segunda forma de extinción es considerada como forma anormal en la que existen eventos distintos al vencimiento del plazo en los cuales también puede darse extinción de la concesión estas situaciones se encuentran por fuera de los presupuestos y objetivos trazados al inicio del contrato. Una precisa agrupaciones de estos eventos los hace la profesora de derecho administrativo Grau María teniendo como principales las siguientes: “a) Mutuo acuerdo entre el ente concedente y el concesionario, b) Rescisión del contrato debida a incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario (caducidad) c) Rescate anticipado, d)

---

<sup>152</sup> Duplá María; Dotaciones Para La Recuperación De Activos Revertibles Como Deducibles Del Impuesto Sobre Sociedades; Tesis Doctoral, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra Departamento De Derecho Área De Derecho Financiero Y Tributario.; Año 2002, p, 137

<sup>153</sup> Véase a Calafell Jorge en Teoría general de la concesión “cumplimiento del plazo.... Sucede cuando el periodo otorgado para el aprovechamiento de la concesión vence.” p.224

Quiebra del concesionario, e) La rescisión por la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato”<sup>154</sup>.

De tal forma que sin perjuicio de las formas de terminación anómala del contrato de concesión, el vencimiento del plazo de la concesión es entonces la condición *sine qua non* y el principal elemento para la configuración automática de la reversión.

Asimismo, el profesor Duplá sobre el concepto de reversión ha sostenido:

*La reversión supone la consolidación, en una única persona, de la titularidad y la gestión del servicio público, que hasta ese momento se hallaban escindidas y, por otra parte, el traspaso a la Administración de los elementos materiales, en base a los cuales se prestó el servicio. El contratista debe, por tanto, entregar a la Administración, de forma gratuita y sin indemnización, los bienes a que esté obligado con arreglo al contrato, en un estado de conservación y funcionamiento adecuados*<sup>155</sup>.

La justificación de la reversión se encuentra fundada en la temporalidad de la concesión porque el titular de los bienes susceptible de la explotación siempre será la administración pública, la idea de tal figura es impedir la perpetuidad del concesionario y entregar en manos de la administración la posibilidad de ejercer por sí misma o intermedio de otro agente distinto a quien ya venía ejecutando el contrato la prestación del servicio, explotación o la construcción de la obra.

Como lo dice Olivera Toro la reversión se estima como una “justa imposición correlativa o complementaria del derecho de explotación de los bienes o servicios

---

<sup>154</sup> Grau María, Extinción de las concesiones; Conferencia dictada en el foro Régimen Jurídico de la Contratación Administrativa" el 23 de junio de 2000., Caracas-Venezuela, año 2000.

<sup>155</sup> Duplá, Óp., Cit, p.135

de que goza el titular de la concesión quien habiendo, obtenido una utilidad razonable no tienen por qué reclamar los bienes físicos afectos a la concesión”<sup>156</sup>. En efecto, la entrega de los bienes debe hacerse de forma gratuita es decir, no existirá ningún tipo de compensación por parte de la administración a menos que se presenten circunstancias en las cuales exista un desequilibrio contractual.

Por lo cual, la reversión constituye una garantía que permitirá a la administración que lo que es público no salga de esa esfera sino por el contrario su titularidad permanezca en la administración pública, en todo caso son bienes cuya naturaleza son de aquellos en su mayoría públicos y por tanto son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

De igual forma, no puede por ello pensarse que la cláusula de reversión pretende causar un perjuicio al particular, porque al momento que la entidad opta por hacerla efectiva, el particular ha debido recuperar la inversión que ha hecho durante el tiempo de la ejecución.

Así lo expresó el legislador en la exposición de motivos de la ley 80 cuando se refería a dicha cláusula:

Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, de forma tal que a su vencimiento los bienes. Se encuentren totalmente amortizados. Por ello, se establece que la administración estará obligada a la indemnización, cuando al finalizar el contrato la amortización no ha sido alcanzada por hechos no imputables al contratista<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> Calafell Óp., Cit, p. 218

<sup>157</sup> Exposición de motivos Óp. Cit, ley 80 de 1993

Agrega la Corte Constitucional al respecto “Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, de forma tal que a su vencimiento los bienes se encuentran totalmente amortizado”<sup>158</sup>.

Sin duda, la amortización de la que se refiere la cita normativa hecha previamente es un elemento característico del contrato de concesión, en la cual la figura aludida está precedida de un cuidadoso proceso de planificación que se gesta en la etapa precontractual pero que sus efectos fungen como garantía para la inversión del particular.

El Consejo de Estado también se ha pronunciado al respecto diciendo:

*La cláusula de reversión propia de los contratos de concesión se legitima en la medida de que la transferencia ocurra una vez el concesionario haya podido amortizar completamente el capital invertido. La sujeción de la amortización al contrato es una regla con sentido constitucional sólo si se han podido amortizar todas las inversiones realizadas antes de que las mismas se transfieran al concedente.<sup>159</sup>*

Por lo planteado, no puede verse la reversión como una funesta herramienta jurídica porque su justificación como ya se ha dicho es una amortización en la cual el concesionario no sufrirá perjuicio alguno, de lo contrario no tendría sentido tal figura, porque atenta contra los principios del Estado social de derecho en el que se pretende el aseguramiento de unas prerrogativas que impidan que el Estado tome provecho de su situación de ventaja con respecto al particular.

---

<sup>158</sup> C-250 de 1993 Óp. Cit.

<sup>159</sup> Consejo De Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta Consejera Ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez, Exp: 700011, Bogotá, 28 de Julio del año 2001.

De tal manera, que el fracaso de la amortización contractual en los contratos de concesión, le resta legitimidad a la reversión y es una clara manifestación del rompimiento del equilibrio contractual

Al respecto, debe entenderse que al hablarse de equilibrio contractual nos referimos a una figura jurídica cuya principal intención es rescatar el contrato de posibles situaciones en las cuales las condiciones que fueron pactadas en materia de remuneración puedan verse afectada y devolverlo al escenario inicialmente acordada sin que exista un aprovechamiento mayor de una parte o de otra.

Por su parte el Consejo de Estado ha sido enfático al sostener:

el fundamento del equilibrio económico de los contratos estatales, resulta posible identificar en esa figura una doble dimensión: la primera relacionada con la equivalencia objetiva que debería existir entre las correspondientes y correlativas prestaciones y la segunda referida al respeto y mantenimiento de las condiciones existentes que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración (...) el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de licitación o concurso, o de contratar cuando se hubiere acudido a la modalidad de contratación directa<sup>160</sup>.

Por ello es importante que el proceso previo de la contratación sea planificado de tal forma que las situaciones que puedan traer consigo un desequilibrio sean por eventos no previsibles ni irresistibles. Para el caso de los cobros por tarifas que es una de las principales formas en las cuales el concesionario adquiere la remuneración del contrato en miras a que no existan abusos de una parte y otra o la presentación de desajustes económicos en Colombia corresponden a la

---

<sup>160</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp: 02444, Bogotá, 27 de Marzo del año 2014.

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico regular que dichas tarifas sean razonable.

Ahora bien, la reversión no es un instrumento jurídico utópico para el caso Colombiano en materia de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado porque hay antecedentes recientes de su aplicación; por ejemplo<sup>161</sup> en el Municipio de Ponedera Atlántico la empresa Centro aguas S.A. E.S.P empresa privada término su prestación en el año 2014 y fue asumida por Triple A de Barranquilla S.A E.S.P una sociedad de economía mixta.

Hydros Melgar<sup>162</sup> S. en C.A. E.S.P, empresa mixta, en el año 2014 es sustituida en la prestación por Empumelgar E.S.P, empresa industrial y comercial del orden municipal de Melgar, Aguas de la Mojama<sup>163</sup> S.A. E.S.P de carácter privado en Honda-Tolima prestó el servicio hasta el año 2014 y fue sustituida por Empresa de Servicios Públicos de Natagaima S.A ESP de carácter industrial y comercial de carácter municipal y un caso en la costa caribe del Banco Magdalena<sup>164</sup> la Empresa de Servicios Públicos del Banco Magdalena E.S.P. con carácter industrial y comercial en el año 2014 termino su prestación y fue asumida por la empresa Kagua Sur S.A.S E.S.P. de carácter privado.

En cada uno de estos ejemplos la administración local debe hacer uso de la reversión para la continuación en la prestación del servicio porque sin ella tal hecho sería imposible, además de ello, en los casos aludidos previamente se es necesario la suscripción de un nuevo contrato de concesión con las nuevas empresas encargadas de los servicios de acueducto y alcantarillado.

---

<sup>161</sup> Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Informe Sectorial de los Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Grandes Prestadores Empresas con más de 2500 suscriptores, Bogotá, año 2015 p.13

<sup>162</sup> *Ibíd.*, p.13

<sup>163</sup> *Ibíd.*, p.13

<sup>164</sup> *Ibíd.*, p.13

### **3. LOS BIENES QUE DEBEN SER REVERTIDOS**

La forma en la cual se materializa la cláusula excepcional de reversión en los contratos de concesión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios es con la entrega por parte del concesionario de los bienes que le fueron entregados al momento de la suscripción del contrato.

Cuando hablamos de bienes que deben ser revertidos nos referimos a aquellos bienes de dominio público o privado del Estado que son puestos a disposición del concesionario para la ejecución del contrato y que tienen que ver con el giro propio del negocio a explotar por el concesionario.

Es decir, son aquellos que han sido entregados por la administración pública al concesionario para el desarrollo del contrato, lo cuales deben entregarse de forma gratuita como ya se ha dicho. Para el profesor Vázquez Franco comprenden “los bienes de dominio público puestos a disposición del concesionario, las obras que este se obligó a construir y los bienes adscritos al servicio”<sup>165</sup>.

Para ello, al momento de la suscripción del contrato de concesión entre la administración y quien fuese el operador, la entidad pública concedente deberá realizar un inventario de los bienes que entregara al concesionario para que este desarrolle su actividad prestacional y hacer claridad de aquellos que está obligado el concesionario a construir o invertir para su adquisición.

Estos bienes comprenderán maquinarias, infraestructura, redes sistemas de almacenamiento de aguas como todos aquellos indispensables para la continuación del servicio, de los cuales se referirá más adelante en el estudio del contrato de concesión vigente para el Distrito de Cartagena.

---

<sup>165</sup> Vázquez Franco, la concesión administrativa de servicio público, en el derecho español y colombiano, Bogotá, Temis, año1991. p.143

Al respecto ha dicho Dupla: “la extinción de una concesión plantea dos cuestiones diferentes. La temporalidad del título habilitante para la gestión del servicio público, (...) y la reversión automática de las instalaciones”<sup>166</sup>.

Sin embargo, esta no es la única forma en la cual se pueden entregar bienes al concesionario porque como lo afirma el profesor Vera Diego “(...) una segunda técnica de aportación de bienes de dominio público a la concesión”<sup>167</sup> tiene que ver con lo que se conoce como expropiación administrativa, “su utilización conlleva la implantación del servicio público concedido, permite utilizar el procedimiento expropiatorio para incorporar elementos precisos para su adecuado desarrollo, ostentando el concesionario la cualidad de beneficiario”<sup>168</sup>.

La situación descrita anteriormente solo operaría en los eventos que tales bienes sean indispensables para la prestación del servicio, justificándose la primacía del interés general sobre el particular y atendiendo a la función social de la propiedad de la que se refiere nuestra carta política.

En ese sentido, hay bienes que pueden ser afectados a la ejecución del contrato de concesión, pero de los cuales no se puede predicar la reversibilidad, estos bienes son aquellos que aporta el concesionario para el cumplimiento del objeto contractual y la esfera en la cual estos se encuentran es meramente privados, hecho que permite la libre disposición de los mismos de quien ejecuta la concesión.

Bajo esta idea puede presentarse un supuesto en el cual extinta la concesión por el vencimiento del plazo, si la administración pública decide no prorrogarla y hacer uso de la cláusula de reversión, los bienes que adquirió o aportó el concesionario

---

<sup>166</sup> Dupla Óp., Cit, p.136

<sup>167</sup> Vera Diego, el régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público, departamento de derecho administrativo de la facultad de derecho de Málaga, revista de administración pública, año 1986, número 109, España. p.219

<sup>168</sup> Ibid. p.219



para la ejecución del contrato permanecerán bajo su dominio y no podrán ser revertidos, en todo caso, si el deseo de la administración es apropiarse de ellos tendrá que realizar la expropiación administrativa que considere previa indemnización, situación que ha denominado la profesora Vázquez Franco<sup>169</sup> como bienes de reversión indemnizable.

Por lo demás, no cabe duda que la reversión y la concesión administrativa especialmente la que se celebre para la prestación de un servicio público serán siempre inseparables la una de la otra, la razón se fundamenta en lo que se pretende revertir que no es cualquier tipo de bien, sino de aquellos que representan un interés general y público, con los cuales se pretende asegurar condiciones de vida digna de la población.

## **TITULO II**

### **IDENTIFICACIÓN DE CONCESIONES EN EL DISTRITO DE CARTAGENA**

#### **CAPITULO I**

#### **CONTEXTO LOCAL**

### **1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN EL DISTRITO DE CARTAGENA**

El análisis legal, doctrinal y jurisprudencial hecho hasta el momento, nos permite entender de forma clara tres elementos que son claves en la comprensión de la investigación como lo son: el de servicio público domiciliario, la concesión administrativa y la cláusula excepcional de reversión. La justificación a tal estudio se fundamenta en la necesidad de hacer una concreción al tema en el Distrito de Cartagena, complementado con la descripción de los contratos de concesión suscritos en la entidad territorial aludida.

---

<sup>169</sup> Vázquez Franco Op. Cit p. 144.

Para efectos de la contextualización pretendida, hay que decir que uno de los elementos con mayor incidencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado que se ha presentado a nivel local y nacional, es el acelerado aumento demográfico que ha tenido Colombia en los últimos años, el cual ha traído consigo una serie de situaciones sociales, políticas y económicas que ha permitido que el Estado reestructure y reorganice muchas de sus instituciones en aras a su adecuado y eficaz funcionamiento. Estos cambios, han implicado una considerable ampliación en la cobertura no solo de estos servicios sino también de los demás que se encuentran en cabeza del Estado.

Al respecto, la ciudad de Cartagena una de las más importantes de Colombia por contar con una privilegiada posición geográfica, en la cual las actividades portuarias y turísticas convergen como elementos importantes para la competitividad nacional, no ha sido ajena a esta serie de cambios.

Por ejemplo, en el censo del año de 1993<sup>170</sup>, la ciudad contaba con una población de 656.632 habitantes, esta situación cambió para el año 2005<sup>171</sup> que fue el último censo realizado en Colombia pues la población ya ascendía a 895.400 habitantes, es decir un aumento poblacional de 238.768 habitantes en esos doce años. Todo esto, sin que se evidencie a la fecha que tal tendencia de aumento demográfico haya ido en descenso, dado que, con las proyecciones poblacionales elaborados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) <sup>172</sup>, solo para el año 2011 se esperaba que la población ascendiera a los 956.180 habitantes,

---

<sup>170</sup>Departamento Administrativo Nacional de Estadística, documento en línea, muestra de censo 1993, disponible en: <http://www.dane.gov.co/index.php/poblacion-y-demografia/muestras-censales>

<sup>171</sup>Departamento Administrativo Nacional de Estadística, documento en línea, cuadros censo 2005, disponible en internet: <http://systema59.dane.gov.co/cgi-bin/RpWebEngine.exe/PortalAction?&MODE=MAIN&BASE=CG2005BASICO&MAIN=WebServerMain.inl>

<sup>172</sup> Espinosa Aron, Bolívar y Cartagena 2012 estado de avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, programa de las naciones unidas para el desarrollo pnud, ODM, Bogotá, año 2012. p. 86

aumento considerable en este lapso pero que además muestra una densidad de 1.535 habitantes por Km<sup>2</sup>

Este tipo de mutaciones demográficas, tienen una incidencia directa en materia de prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, dado que es necesario contar con una infraestructura capaz de satisfacer las necesidades que el constante aumento demográfico implica.

Por otro lado, para la década de los 90 el Distrito de Cartagena era el encargado de prestar los servicios públicos de acueducto y alcantarillado a través de las Empresas Públicas de Cartagena, en ellas existía un variado número de irregularidades en el manejo de los recursos, la administración estaba alejada de los criterios técnicos e inclinados hacia los intereses políticos.

Todo ello produjo que se gestara a nivel local la iniciativa para liquidar a las empresas públicas e iniciar una etapa de exploración con el fin de escoger la opción más conveniente para continuar con la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado. Asimismo, concomitante con esta situación se expide la Ley 142 de 1994 con la cual se reglamenta lo atinente a la prestación de los servicios públicos domiciliarios se establece un camino jurídico para lo pretendido en la ciudad.

La importancia de la Ley 142 para la prestación de los servicios públicos domiciliarios es fundamental porque aquí se definen y delimitan un variado número de formas y sujetos que pueden prestar este tipo de servicios. Sin perjuicio de lo establecido por la ley y los sujetos estudiantes en el título anterior, la superintendencia de servicios públicos domiciliarios<sup>173</sup> ha hecho una clasificación de estos sujetos cuando las poblaciones a cubrir asciendan a un número mayor a

---

<sup>173</sup> Informe Sectorial Súper Servicios Op. Cit, p.5

los 2.500 suscriptores y pequeños prestadores con un número de hasta 2.500 suscriptores, indistintamente de su naturaleza jurídica.

En estos grandes prestadores para el año 2014 según el Informe Sectorial de los Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado de la superintendencia de servicios públicos<sup>174</sup> 222 empresas se encargaron de prestar estos servicios en 362 Municipios de Colombia, de estas empresas el 32.9% es decir, 73 de ellas prestan el servicio de acueducto y alcantarillado de forma conjunta, el 13% son empresas de servicios públicas mixtas, el 22% privadas y el 66% empresas oficiales.

En el caso de los pequeños prestadores para el año de 2013 según el último informe de la superintendencia de servicio público domiciliarios<sup>175</sup> 2.284 prestadores se encuentran proporcionando los servicios a un número igual o inferior a 2.500 suscriptores, distribuidos de la siguiente manera; 86 son empresas industriales y comerciales, 404 son municipios en forma directa, 1.360 son organizaciones autorizadas, 9 prestadores fuera del artículo 15 de la Ley 142, 9 productores marginales y 257 sociedades de empresas de servicios públicos.

Para el caso que ocupa el estudio, la búsqueda de alternativas en la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado la resolvió el Concejo de la ciudad mediante acuerdo Distrital donde se determina que la forma más idónea para continuar con la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado era la creación de una empresa de servicio público domiciliario mixta la cual tendría la participación de la administración en porcentaje del 50%, constituyéndose como una de las primeras mixtas en el país que comenzaría a operar bajo el modelo establecido en la Ley 142 de 1994.

---

<sup>174</sup> *Ibíd.* p.10

<sup>175</sup> Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Informe Sectorial, Pequeños prestadores Bogotá, Año 2014 p. 9

Constituida la empresa mixta, la administración local considera que la manera correcta para dar funcionamiento a la empresa es utilizando la figura jurídica del contrato administrativo de concesión, partiendo del supuesto que por tratarse de una empresa en nacimiento y que por la crisis de la época el Distrito no contaba con los medios idóneos para asumir esa carga prestacional, sumado al mal manejo de los recursos públicos que se venían presentando de manera constante.

Por esa razón, para la selección del contratista se da inicio a una convocatoria pública de la cual resultaría designado como concesionario el grupo AGBAR, el cual asumía por su cuenta y riesgo esa prestación a cambio de una remuneración fijada en el recaudo de las tarifas.

De esta forma, inicia un nuevo proceso en materia de prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado para la ciudad en la cual existe una marcada separación de lo político y administración de la empresa, teniendo en cuenta que quien se haría cargo de la operación del servicio era un particular que hizo una inversión que pretende recuperar.

La concesión aquí aludida comprendería los siguientes aspectos; para el caso del servicio público de acueducto “captación, transporte, tratamiento, almacenamiento y distribución de agua potable”<sup>176</sup> y en materia de alcantarillado “recolección, transporte, reciclaje y disposición final de aguas residuales, tales como las empleadas para riego agrícola y el uso recreativo”<sup>177</sup>. Asimismo, el concesionario tiene como instrumento para la recuperación de su inversión y prestación el recaudo por concepto de facturas.

Los riesgos asumidos por el operador eran considerables teniendo en cuenta las necesidades que en materia de expansión, cobertura y calidad afrontaba la

---

<sup>176</sup> Acucar, Reporte anual de sostenibilidad, Cartagena, año 2015, p.146

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 146

ciudad, solo para el año de 1995 “la cobertura del servicio de acueducto era del 74.40% y la del servicio de alcantarillado del 60.81 %”<sup>178</sup>, por ello solo una adecuada planificación y un compromiso de la entidad territorial local podría permitir que el operador privado que colabora con la administración no se vea lesionado en su inversión o que exista por lo menos como lo dice jean-François<sup>179</sup> calidad de la información sobre la situación inicial de los activos, que comprende la verificación del inventario técnico o eventuales situaciones desventajosas que las establecidas en los pliegos y en el contrato.

Es decir, quien va a tener la calidad de concesionario debe tener pleno conocimiento de la situación del servicio que comenzara a prestar, los bienes que les serán concesionados para su explotación y el tiempo que le es ofertado para la recuperación de la inversión, el cual debe ser ajustado a la realidad y justificado en proporción con miras a una eventual amortización.

Sin embargo, el compromiso del Distrito para la asignación de presupuesto en materia de acueducto y alcantarillado no ha sido negligente para el caso que nos ocupa por el contrario, se han mejorado las condiciones del operador para continuar con la prestación del servicio.

La evidencia de esto, es la constante inyección de capital que se le ha brindado al concesionario desde los inicios de las operaciones en la prestación de los servicios aludidos la cual ha continuado hasta la fecha, al respecto de esto:

En el año de 1998 el Distrito realizó un préstamo con el Banco Interamericano de Desarrollo por un monto de US \$24,3 millones, cuyo objeto era financiar la ejecución del programa diseñado para mejorar las condiciones sanitarias en las zonas que vierten a la Bahía de Cartagena,

---

<sup>178</sup> *Ibíd.*, p.54

<sup>179</sup> jean-François Óp., Cit p.41

con posterioridad, al año siguiente esto es 1999, se suscribe otro convenio con este banco en el cual se da un préstamo por la suma de US \$85 millones para financiar un proyecto encaminado a mejorar los servicios de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Cartagena y el saneamiento de los cuerpos de agua, asimismo, para la construcción del Emisario Submarino en Punta Canoa se necesitaban \$57.576 millones, de los cuales el Distrito asume en gran parte esta inversión<sup>180</sup>.

Por otro lado, “el 31 de diciembre de 2008, el Consejo Asesor de Regalías expidió el Acuerdo No. 076 mediante el cual aprobó la financiación de los proyectos de construcción de infraestructura matriz para el suministro de agua potable y la prestación del servicio de alcantarillado para la primera etapa del proyecto Ciudad del Bicentenario de Cartagena - Bolívar. La suma de estos dos proyectos tuvo un costo de \$19.258 millones”<sup>181</sup>, además “por acuerdo No 071 de 2011 se giraron \$18.610 millones, para la construcción de la infraestructura de este mismo proyecto”<sup>182</sup>.

En el año 2011 se firma un convenio de Ejecución del “Proyecto Alcantarillado Faltante de Nelson Mandela financiado por el Fondo de Cooperación para Agua y Saneamiento en el cual el Gobierno Español hace un aporte por valor de \$ 2.5 millones de Euros, y del Distrito de Cartagena aporta un valor de \$ 6.298 millones de pesos”<sup>183</sup>, para el año 2011, se suscribe un “convenio con el ministerio de ambiente para la construcción de la infraestructura matriz del suministro de agua potable en el proyecto ciudad del Bicentenario Etapa 1 Fase 2 A, por un valor de \$ 6.860 millones”<sup>184</sup>.

---

<sup>180</sup> Acuacar, Reporte anual de sostenibilidad, Cartagena, año 2014, p.138

<sup>181</sup> Ibid., p. 139

<sup>182</sup> Ibid.,

<sup>183</sup> Ibid.

<sup>184</sup> Ibid.

Estos datos reflejan el sólido y constante apoyo económico que ha recibido el concesionario, no solo para superar la crisis en la que se encontraba inmersa los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, sino también, para una prestación óptima, extensión de la cobertura y mejoramiento de los procesos adelantados por la empresa.

Este tipo de inversiones es para el operador una garantía de que fenecido el plazo del contrato se pueda llegar a una amortización y obtener ganancias en la prestación del servicio por lo invertido.

Ahora bien, podría pensarse que 26 años como plazo del contrato de concesión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, es escaso para que el concesionario pueda recuperar la inversión por el hecho, sin embargo, para el caso de estudio hay dos elementos que nos permiten afirmar lo contrario; el primero de ellos las fuertes inversiones que se han hecho para el mejoramiento en las condiciones de prestación del servicio que incluyen mejoramiento de las redes subterráneas, ampliación de la cobertura, mantenimiento y modernización de plantas de tratamientos, entre otros.

El segundo elemento, los resultados obtenidos por conceptos de recaudo por las tarifas de los servicios de acueducto y alcantarillado han tenido una tendencia a crecer y no a decrecer, es decir, el valor económico directo que genera la empresa por concepto de recaudo año tras año presenta niveles de aumento con respecto al anterior.

A modo de ejemplo<sup>185</sup>; “para el año 2013 los dineros que fueron obtenidos de forma directa por ingresos ascienden a la suma de \$ 198.463.000.000 millones de pesos, para el año 2014 la suma de \$ 198.845.000.000 millones de pesos aumentando en \$331.000.000 millones y para el año 2015 la suma de

---

<sup>185</sup> Informe Acuacar 2015 Óp. Cit p.87



\$219.782.000.000 millones de pesos y un aumento con respecto al año anterior de \$ 23.266.000.000 millones de pesos”. Es decir, las condiciones son favorables para la empresa y su tendencia es al alza nos indica que no debe existir mayores inconvenientes para que el tiempo pactado sea suficiente para la amortización del capital invertido, la obtención de ganancias y por ende la inmediata aplicación de la reversión.

Por ello, las críticas de todos los sectores no se hicieron esperar ante la decisión anticipada y un poco precipitada de la administración Distrital que antes del vencimiento del plazo del contrato se hiciese una prórroga en cantidad de trece años, bajo la excusa del fortalecimiento del plan maestro de acueducto, demostrando asimismo, el poco interés que reside en la administración Distrital por tomar de forma directa la prestación del servicio y aplicar la reversión.

Vemos entonces, como este hecho es una de las principales talanqueras para que se de aplicación a la cláusula excepcional de reversión en estos contratos de concesión y el poco interés por la exploración de alternativas que generen mayor erario para la ciudad, por el contrario la posición asumida es una posición conformista con el actual operador.

Por otro lado, en la actual administración que comprende el periodo 2016 a 2020 en su propuesta de plan de desarrollo<sup>186</sup> no se evidencia la más mínima intención de desplegar algún tipo de iniciativa de la que se pueda inferir el deseo por parte de la administración de la prestación de estos servicios públicos domiciliarios, en este documento simplemente se consigna el deseo de confiabilidad, continuidad e incremento de cobertura de los servicios para la ciudad.

---

<sup>186</sup> Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias d. t. y c, propuesta del documento base plan de desarrollo, primero la gente, 2016-2020, Cartagena Colombia, año 2016.

En todo caso, no significa que el servicio actualmente prestado sea de calidades regulares o malas dado que los índices de cobertura<sup>187</sup> para acueducto hoy ascienden a 99.91% y para el alcantarillado en un 93.59%, pero lo que si se discute es la auto limitación que hace la administración de la valiosa posibilidad con que cuenta para que lo público permanezca en lo público y así lograr el aumento de las arcas presupuestales, dado que aquí el más enriquecido es el concesionario quien tiene una doble participación como operador y como accionista de la empresa de servicio público domiciliario mixta Acuacar.

No puede pensarse, que por el fracaso de las empresas públicas de Cartagena, la reputación de malversación y corrupción que entorno de ellas esta existían, el Distrito ha de privarse de prestar los servicios de acueducto y alcantarillado de manera directa, mucho menos cuando las condiciones hoy son mucho más optimas que para la época en que las tales funcionaron.

## **CAPITULO II**

### **CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN EL DISTRITO DE CARTAGENA**

#### **1. ANTECEDENTES DEL CONTRATO**

Antes de dar inicio a la descripción y análisis de la concesión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en el Distrito de Cartagena, se hará una breve contextualización de las circunstancias en las cuales se desarrolló el contrato que ocupa la atención.

---

<sup>187</sup> *Ibíd.*, p.54

La situación de los servicios públicos para la época de los noventa en la ciudad de Cartagena no era tan alentadora, las empresas públicas de Cartagena antiguo operador del servicio estaba permeada por la corrupción y dominada en gran parte por la burocracia de la clase política dirigente, sumado a la ineficiencia en muchos de los procesos que estaban a su cargo, como también costos de operación por fuera de los límites.

Esta situación, comenzó a inquietar al Distrito quien emprendió una carrera hacia posibles alternativas que solucionaran la crisis en la cual se encontraba inmersa la ciudad en materia de servicios públicos domiciliarios, razón por la cual, decide liquidar las empresas públicas de Cartagena y teniendo en cuenta la expedición de la Ley 142 con la que se abre un abanico de posibilidades para las entidades públicas en la gestión y prestación de los servicios públicos domiciliarios, el Concejo Distrital de la ciudad mediante Acuerdo N° 05 de 1994 entrega facultades al alcalde para la creación de una nueva empresa de servicios públicos domiciliarios.

En virtud de las facultades otorgadas por el Concejo mediante escritura pública 5427 de 1994 se crea una empresa de servicio público mixta cuyo nombre sería ACUACAR S.A E.S.P, organizada como sociedad anónima y con un total de 600.000 mil acciones, en cuyo capital el Distrito de Cartagena participa con el 50% de las acciones correspondientes a un total de 300.000 mil acciones; La Sociedad Aguas de Barcelona (Grupo Agar) con el 45.9% con un número de acciones de 275.478 y por último los accionistas privados representan el 4.1% restante esto es 24.522. Asimismo, el operador encargado de la prestación de los servicios públicos domiciliarios sería la Sociedad Aguas de Barcelona (Grupo Agar).

Ante tal hecho entre el Distrito de Cartagena y la nueva empresa naciente el 21 de junio del año 1995 se suscribió el contrato de concesión denominado CONTRATO

PARA LA GESTIÓN INTEGRAL DE LOS SERVICIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO del cual se desarrollara la descripción siguiente.

El presente contrato está organizado en ocho capítulos en los cuales se tratan:

- Capítulo I El régimen general del contrato.
- Capítulo II régimen económico general.
- Capítulo III cláusulas de aplicación unilateral
- Capítulo IV régimen de ejecución.
- Capítulo V aspectos fiscales multas.
- Capítulo VI liquidación del contrato
- Capítulo VII otras disposiciones
- Capítulo VIII GLOSARIO

## **2. OBJETO.**

El contrato aquí referido, tiene como objeto conceder por cuenta y riesgo de Acuacar S.A E.S.P la gestión integral en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado consistente en el mantenimiento y explotación de la infraestructura de los edificios, máquinas y redes con los que para la época disponía el Distrito.

La determinación de lo anterior se hace bajo la aclaratoria que la responsabilidad en materia de ampliación, mantenimiento y diseño de la estructura física, la capacitación del personal y demás obligaciones exigidas por la ley debe cumplir cabalmente Acuacar.

### **3. TEMPORALIDAD**

El contrato suscrito entre Acuacar S.A E.S.P y el Distrito de Cartagena tendrá una duración de 26 años contados a partir de su perfeccionamiento que será prorrogado hasta que se liquiden obligaciones pendientes fenecidas su plazo.

Es decir desde el 21 de julio de 1995 fecha en que se perfecciona el contrato hasta el 21 de julio de 2021 iría el contrato para dicha gestión.

### **4. RÉGIMEN ECONÓMICO**

En este aspecto, se tienen en cuenta la forma como se financiaría Acuacar, teniendo como fuente principal los dineros que se recauden en la facturación por la prestación de los servicios públicos a la población, precio el cual deberá encontrarse dentro de los lineamientos establecidos por la Comisión de Regulación de agua potable y Saneamiento básico.

De igual forma se entrega a la empresa libertad en la creación del contrato de prestación de servicios públicos de condiciones uniformes.

### **5. CLAUSULAS EXORBITANTES**

Se pactaron como cláusulas exorbitantes las reguladas por la Ley 80 de 1993 pero se hizo especial énfasis sobre la cláusula de la Caducidad la cual opera cuando existe un grosero incumpliendo por parte del contratista y que para efectos del contrato se entiende como incumplimiento a las instrucciones dictadas por el Distrito en materia de eficiencia, cobertura y normas de calidad, incumplimiento en

el pago de las obligaciones cuya cuantía equivale a la quinta parte de su capital y en caso de sanciones por procesos fiscales.

Sobre las demás cláusulas de terminación, interpretación, modificación unilaterales y de sometimiento a las leyes nacionales no se ahonda en el contrato pero si se mencionan afirmando que tales se aplicaran cuando encuadren en las conductas descritas en la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, una de las cláusulas que son exigidas por la ley para este tipo de contratos es la cláusula excepcional de reversión y se evidencia que sobre ella no se hace mención en el contrato directamente, sin embargo, indirectamente en virtud de las disposiciones legales estas se entenderán pactadas. Lo más cercano a esta se encuentra en la cláusula 37 del contrato, en la cual se obliga la entrega de los bienes por Acuacar al momento de la finalización del contrato.

## **6. EJECUCIÓN DEL CONTRATO**

Como se dijo anteriormente hablando del objeto del contrato, la ejecución se hará por cuenta y riesgo de la empresa prestadora del servicio, lo cual implica además de eso que el Distrito requiere el cumplimiento de las exigencias ambientales del orden nacional y territorial, las reparaciones a las que haya lugar y la conservación de los bienes entregados.

El Distrito asume la planeación y la construcción de las obras que sean necesarias para la expansión y mejoría del servicio público, sin embargo, los bienes y asuntos relacionados con los medidores y acometidas estarán bajo responsabilidad de Acuacar.

También se instituye como cláusula contractual la continuidad ininterrumpida de la prestación de los servicios domiciliarios, además, se obliga a la empresa para la organización de un centro de operaciones con personal y equipos adecuado, dicha agua se captará de las fuentes que eran utilizadas por el contrato, sin perjuicio de los contratos que se deban realizar bajo las prerrogativas de transportar y entregar agua potable y el manejo de los desechos propios del saneamiento básico.

## **7. TASAS E IMPUESTOS**

En este ítem se le impone la obligación a Acuacar de cumplir con las tasas contribuciones y demás obligaciones exigidas por las autoridades nacionales, departamentales y municipales, así también, el Distrito podrá imponer las multas a que exista lugar por el incumplimiento de las obligaciones plasmadas en el contrato.

## **8. ADICIONES O PRÓRROGAS**

1. Para el desarrollo de este contrato el 23 de junio de 2004 entre el Distrito y Acuacar se suscribió un OTROSÍ con el fin de precisar el alcance de algunas de las cláusulas contractuales e implementar programas tendientes a mejorar la gestión del contrato el cual comprende:
  - Aclarar el coeficiente de eficiencia técnica.
  - El índice de costos por operaciones.
  - Índice total de recaudo.
  - Programa de agua no contabilizada.
  - Sanción en caso de incumplimiento de metas de contabilización.
  - Costo de gerenciamiento

- Disposiciones sobre el fondo de reversión de capital
- Utilidades pendientes de pago
- Plan maestro o plan director
- Nuevos planes de inversión

Lo esencial en estos puntos era el aclarar aspectos de las cláusulas del contrato inicial y desarrollar planes tendientes al mejoramiento de la gestión por parte del operador.

2. El primero de Diciembre de 2009 se suscribe el OTROSÍ No 2 entre el Distrito de Cartagena y Acuacar E.S.P S.A, en el cual se considera que se han logrado las metas trazadas en el primer OTROSÍ, pero es necesario a juicio de la Alcaldía Distrital de Cartagena establecer un coeficiente industrial del 3.44% neto por año aplicable a los recaudos brutos.

La segunda cláusula que se establece para este aspecto está relacionada con el pago del interventor de contrato de gestión integran el cual lo asumirá Acuacar siempre has el monto de 140 salarios mínimos y en caso que el valor excediere tal cuantía el excedente será asumido por el Distrito.

3. El 27 de Marzo de 2015 se suscribe entre las partes un tercer OTROSÍ en el cual se modifica la cláusula 4 del contrato prorrogando la concesión por un término de 13 años con el fin de fortalecer el nuevo plan maestro de acueducto de la ciudad, en la que se afirma esta no cuenta con la capacidad financiera en la medida que se encuentra invirtiendo en sectores como salud y educación.

Asimismo se modifica la cláusula compromisoria que establecía el artículo 46 del contrato de concesión en la medida que los conflictos que se



susciten entre las partes serán resueltos por la jurisdicción de lo contencioso

### **9. BIENES QUE DEBEN SER REVERTIDOS.**

En el contrato de concesión estudiado en la parte de los anexos se hace una precisión sobre aquellos bienes que se entregaran al concesionario y los cuales en virtud de la cláusula número 37 pactada en el contrato deberán ser revertidos al momento de la finalización del contrato al Distrito de Cartagena quien es su titular.

Para tal evento el día 20 de junio de 1995 se suscribió un acta entre las partes del contrato en la cual el Distrito de Cartagena entrega a la sociedad Aguas de Cartagena S.A E.S.P los bienes afectos para la gestión integral y prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado contenidos en los anexos I y III del contrato y que comprenden lo siguiente:

Para el caso del servicio público de acueducto, Edificios, maquinas, redes que además incluyen equipos electromecánicos, motores con su marca y característica, bombas con sus características hidráulicas, tableros electrónicos arrancadores, bienes relacionados con sistema de captación de agua superficial como bocatomas, líneas de conducción de agua cruda, estaciones de bombeo tanques de almacenamiento, redes matrices de distribución, tuberías de cemento,

acero, revestimiento de concreto, hierro fundido, PVC, tuberías de repartición, medidores .

En el caso del servicio público de alcantarillado Edificios, máquinas y redes disponibles, equipos especiales de mantenimiento de alcantarillado como succión-presión, chorro de agua a presión, remolque, maquinaria desasoladora, equipo de balde, roto sondas, equipo de varilla, maquinaria pesada como; dragas de río, buldozeres, cargadores y volquetas, sistemas por gravedad que incluyen tuberías de alcantarillado sanitario, clasificadas por diámetro y dimensión, sistemas de bombeo y sistemas de aguas lluvias

## **10. COMENTARIOS**

Nos encontramos frente a un contrato de concesión para la prestación de los servicios públicos, asumido por un sujeto mixto denominado empresa de servicios públicos domiciliarios Acuacar S.A E.S.P, que tienen como operador al grupo AGBAR, el cual también es socio con un 45.9 % del capital, modificado por tres OTROSÍ en los cuales una de las modificaciones más importantes es la prórroga del contrato por 13 años más para que la empresa preste este servicio.

El argumento ante tal prórroga está relacionado con la ampliación del plan maestro de acueducto en el cual asume el Distrito de Cartagena que solo prorrogando la concesión se podría amortizar la inversión que haría el operador para tal actividad.

Esta situación es la pauta de una tendencia del Distrito para que la empresa operadora continúe con la concesión de servicio público y una forma de desentenderse de una futura prestación a su cargo, sumado a que es una prórroga que se hace antes del vencimiento del plazo del contrato teniendo en

cuenta que aún faltan 6 años de ejecución en los cuales las condiciones económicas del operador tienen tendencia al alza como se ha demostrado en sus diferentes informes y ascendiendo de 26 a 39 años de explotación de esta concesión.

Lo anterior, nos demuestra del poco interés que existe a nivel Distrital para hacer uso de la cláusula de reversión en el contrato que actual mente ejecuta Acucar y muestra que su aplicación se encuentra muy lejos de ser efectuada.

**TITULO III**  
**VENTAJAS Y DESVENTAJAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO**  
**PUBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE**  
**FORMA DIRECTA**  
**CAPITULO I**  
**COMPARATIVO**

**1. CUADRO COMPARATIVO.**

	<b>PRESTACIÓN DIRECTA DEL SERVICIO</b>	
	<b>VENTAJAS</b>	<b>DESVENTAJAS</b>
	Haciendo uso de la reversión cuenta con toda la infraestructura necesaria para la prestación del servicio por sí mismo, plantas, tuberías, equipos ETC., que permitiría además reducir costos	El Distrito no cuenta con la capacidad financiera para dar inicio a la construcción de los planes de manejo de agua y ampliación de alcantarillado tal como lo estableció en el OTROSÍ

<b>INFRAESTRUCTURA</b>	en inversión por parte del Distrito.	número tres al contrato de concesión suscrito con aguas de Cartagena.
<b>ADQUISICIÓN ECONÓMICA</b>	La adquisición económica recibida por prestar el servicios es bastante considerable y con tendencia a aumentar, según los informes presentados por la empresa Acuacar quien actualmente presta el servicio, en el año 2013 presento ingresos operacionales por 196.185 mil millones de pesos la tendencia para el año 2014 aumento en 196.516 y para el año 2015 a 219.468 mil millones, los cuales podrían adquirir el Distrito por sí mismo.	La desventaja está relacionada con los problemas que se puedan presentar en la implementación de los sistemas de recaudo de los usuarios, debido a que es necesario un sistema que sea eficaz y que permita la realización de las tareas de forma pronta.
<b>CAPACIDAD ORGANIZACIONAL</b>	Cuenta con dos experiencias significativas que le permitiría establecer una organización empresarial solida; por un lado el de las antiguas empresas públicas que develaron grandes falencias en la prestación de estos servicios y una con grandes logros como es el caso de la empresa Actual que ha ampliado cobertura, mejorado los procesos y asegurado calidad.	No existe actualmente por parte del Distrito una planeación organizacional a futuro que permita la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado de forma directa, aunado a esto la empresa que presta actualmente el servicio tiene veinte años de experiencia en los cuales se han modernizado los modelos de organización contrario a la experiencia del Distrito que sería casi nula.

<p><b>CALIDAD DEL SERVICIO</b></p>	<p>El desarrollar por sí mismo la prestación del servicio significaría un control mucho mayor por parte del Distrito en el aseguramiento de la calidad del servicio, el hacer uso de la reversión permite utilizar y optimizar los bienes que en el momento se encuentran y podría echar mano de predios que se encuentren baldíos pertenecientes al Distrito y bienes fiscales con poca utilización.</p>	<p>La desventaja que presentaría es las dificultades que se presentarían para la prestadora de servicios público naciente que carece de la experiencia con la que cuenta el actual operador, quien ha aumentado ostensiblemente los niveles de cobertura y prestación de los servicios a su cargo, asimismo la tendencia en materia de cobertura tiene tendencia a aumentar por las dinámicas propias de la ciudad.</p>
<p><b>TRANSPARENCIA</b></p>	<p>La superación de un modelo anterior en el cual la prestación directa del servicio significo un sin número de abusos en materia presupuestal y administrativo por las anteriores empresas publicas puede ser un espejo y un referente para adoptar un modelo mucho más sólido, separado de la administración de la clase política corrupta, pero sobre todo que pueda generar mayores ingresos para la inversión social y la prosperidad de la colectividad Cartagenera.</p>	<p>La empresa Aguas de Cartagena ha creado una percepción alta de transparencia en la población que ha generado una mayor confianza en la población, por lo tanto prestar directamente el servicio implica para el Distrito recuperar una imagen manchada por las antiguas empresas públicas y volver a recuperarla no será una tarea difícil.</p>

## CONCLUSIONES

- El desarrollo del concepto de servicios públicos a lo largo de la doctrina administrativa ha presentado variadas y complejas vicisitudes, donde convergen conflictos entre las teorías clásicas y las modernas que han impedido que se establezca un concepto único aceptado por todos. Las dificultades presentes en esta definición aterrizan en los servicios públicos domiciliarios en los cuales la ley omite definirlos haciendo una simple mención de ellos como figura jurídica, por lo que ha correspondido a la doctrina y la jurisprudencia el dar una definición a tan complejo concepto.

Al respecto, el régimen legal de los servicios públicos se encuentra principalmente en la Ley 142 de 1994, que surge por el cumplimiento de la orden que el constituyente plasmó en el artículo 365 de la Constitución Política y donde además, se consignan quienes están autorizados para prestar el servicio público domiciliario

- A su vez, las dificultades en las cuales se encuentra con frecuencia el Estado para dar satisfacción a las necesidades básicas que aquejan a la

población en materia de acueducto y alcantarillado, han sido fundamentalmente una de las más poderosas justificaciones para solicitar la ayuda del particular dando nacimiento a lo que se conoce como la idea concesional en la cual el particular a cambio de una contraprestación le colabora a la administración pública a prestar tales servicios.

Muy a pesar, de que la concesión administrativa presentó algunas dificultades en la determinación de su régimen legal por existir una confusión en la autonomía que tenía este contrato y la vinculación que generalmente se le hacía como una forma de pago de los contratos de obra, solo hasta la expedición de la Ley 80 se superó dicha dicotomía en la cual ya la concesión no se encuentra supeditada a otro contrato sino por el contrato hoy se entiende como un contrato autónomo con características y elementos propios. Por ello, en el ordenamiento jurídico colombiano la concesión administrativa tiene la naturaleza de un contrato estatal, el cual se encuentra establecido en la Ley 80 de 1993 en su artículo 32 numeral cuarto.

En ese sentido, la concesión para la prestación de los servicios públicos comprende tres elementos fundamentales como lo son; prestación de servicios, uso de bienes públicos como el agua o el espectro electromagnéticos, explotación de redes o bienes estatales afectados a la prestación de servicios públicos, contratos que deberán ser suscritos por las empresas creadas para estos fines.

Igualmente, es obligatorio para estos contratos que en el momento de su celebración se pacte la cláusula excepcional de reversión, con la cual se pretende que los bienes afectados al servicio permanezcan bajo el dominio público y su prestación pueda ser asegurada.

- En la identificación del contrato de concesión para la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado se encontró que el Distrito de Cartagena, decide dar creación con posterioridad a la liquidación de las empresas públicas de Cartagena, a una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta denominada Acuacar S.A E.S.P, Para tal efecto se suscribió el contrato para la gestión de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Cartagena el cual tiene como objeto conceder por cuenta y riesgo de Acuacar S.A E.S.P la gestión integral en la prestación de los servicios públicos domiciliarios ya referidos consistente en el mantenimiento y explotación de la infraestructura de los edificios, máquinas y redes con los que para la época disponía el Distrito.

En el contrato objeto de estudio se suscribieron tres OTROSÍ teniendo como más relevante el No 3 del 27 de Marzo de 2015 en el cual se añadió una prórroga de 13 años al contrato que extendió el término inicial a 39 años.

- Sobre las ventajas y desventajas en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado se identificaron cuatro ítems de los más importantes para la diferenciación, los cuales comprenden infraestructura, adquisición económica, capacidad organizacional, calidad del servicio y transparencia.
- De todo esto, se ha podido concluir que ha existido por parte de la administración distrital una desidia en materia de planificación a futuro para la prestación directa de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, no existe una proyección o una planificación estratégica que nos permita determinar que se está gestando una intención de hacerse cargo del servicio por su cuenta, todo lo contrario, las evidencias obtenidas de la revisión del contrato de concesión en especial el OTROSÍ No 3



suscrito en el año 2015 en el cual se prorroga la concesión sin aun haberse terminado el plazo del contrato de concesión es la muestra del desinterés que al momento presenta el distrito por asirse de la prestación del servicio y hacer efectiva la cláusula excepcional de reversión.

Los niveles de cobertura y la proyección de un plan maestro para el tratamiento de agua es la principal excusa para que una concesión de 26 años inicialmente pactados se prorrogue hasta los 39 años, tiempo más que suficiente para la amortización de la inversión del concesionario y la recepción de ganancias teniendo en cuenta los informes de sostenibilidad en los que se evidencia un aumento en las ganancias percibidas año tras año.

Este hecho nos muestra que esta cláusula es inaplicable para el tema de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en el Distrito de Cartagena en el cual existe cierta comodidad con la forma en la cual se está prestando el servicio por Acuacar.

### **SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES**

El Distrito debe dar inicio a un proceso de planificación en el cual comience a explorar la forma más idónea para prestar por sí mismo el servicio público de acueducto y alcantarillado, ya que con la aplicación de la reversión cuenta con medios que permitirían la utilización de los bienes esenciales y necesarios para dar una adecuada prestación, aunado a que con ello los dineros recaudados en el ejercicio de la prestación de los servicios públicos constituirán una contribución considerable para el aumento del erario teniendo en cuenta los buenos indicadores económicos manejados por la empresa que actualmente presta el servicio.

Una de las formas directas para la prestación del servicio público en Colombia que ha tenido mayor éxito es el de las empresas industriales y comerciales del Estado, en las cuales su descentralización de las entidades territoriales las separa de cualquier tipo de injerencia política o premiación por corrupción, como también, el capital que esta tiene es público y los beneficios más fructíferos serán recibidos por la empresa y por ende al Distrito quien sería su propietario y cliente, siendo la forma recomendada a adoptar y no continuar con el actual modelo en el cual la contraprestación recibida por el Grupo AGBAR es doble, la primera como socio de la empresa Acucar y también como operador por el servicio.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ❖ Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Boletín, Bedel Rafael; la concesión administrativa; Vol. 67, No. 137, Caracas-Venezuela, año 2000.
- ❖ Acucar, Reporte anual de sostenibilidad, Cartagena, año 2014.
- ❖ Acucar, Reporte anual de sostenibilidad, Cartagena, año 2015.
- ❖ Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias d. t. y c, propuesta del documento base plan de desarrollo, primero la gente, 2016-2020, Cartagena Colombia, año 2016.
- ❖ Asamblea nacional constituyente, Constitución Política de Colombia (1991) publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- ❖ Asamblea nacional constituyente; constitución política de Colombia (1886), expedida el 05 de agosto de 1888.

- ❖ Barreto Antonio, La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la década de los treinta, revista jurídica Opción jurídica, Volumen 10 Núm. 20, Universidad de Medellín, año 2014
- ❖ Calafell Jorge, teoría general de la concesión, anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana número 26, Bogotá, año 1996.
- ❖ Congreso de la Republica de Colombia, Exposición de motivos ley 142 de 1994.
- ❖ Congreso de la república, Ley 57 de 1887, Bogotá, Código civil colombiano.
- ❖ Congreso de la Republica de Colombia, Ley 142 de 1994 Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones; del 11 de Julio de 1994.
- ❖ Congreso de la república, ley 1150 de 2007 Por Medio De La Cual Se Introducen Medidas Para La Eficiencia Y La Transparencia En La Ley 80 De 1993 Y Se Dictan Otras Disposiciones Generales Sobre La Contratación Con Recursos Públicos.
- ❖ Congreso de la Republica de Colombia, Ley 1508 de 2012, Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones, del 10 de enero de 2012.
- ❖ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; Sala De Consulta Y Servicio Civil, Consejero. Ponente. William Zambrano Cetina. Exp: 00212, Bogotá, Concepto de Agosto 2013.
- ❖ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera, Subsección B; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio Exp: 00494, Bogotá, 28 de Septiembre de 2011.
- ❖ Consejo De Estado, Sala De Consulta Y Servicio Civil, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, Exp: 00068 Bogotá, 23 de septiembre 2008.
- ❖ Consejo De Estado, Sala De Consulta Y Servicio Civil, Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar, Exp: 00001 Bogotá, 9 de Julio de 2015.
- ❖ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Exp: 01470 Bogotá, 24 de Febrero de 2005.

- ❖ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero. Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, Exp: 02130, Bogotá, 2 de Diciembre de 2013.
- ❖ Consejo de Estado; sala de lo contencioso administrativo, sección tercera sub sección C, Magistrado, Ponente: Enrique Gil Botero, Exp: 00650, Bogotá, 7 de marzo de 2011.
- ❖ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente, Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Exp: 1792. Bogotá, 12 de Diciembre de 2006.
- ❖ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta Consejero, Ponente: Alberto Yepes Barreiro, Exp: 00715 (Acu), Bogotá, 13 De Marzo De 2014.
- ❖ Consejo De Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta Consejera Ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez, Exp: 700011, Bogotá, 28 de Julio del año 2001.
- ❖ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp: 02444, Bogotá, 27 de Marzo del año 2014.
- ❖ Consejo De Estado, Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente. Dolly Pedraza De Arenas, Exp; Bogotá, auto del 10 de Mayo de 1991
- ❖ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Magistrada Ponente, Stella Conto Díaz Del Castillo, Exp: 00291-01 Auto 19483, Bogotá, 06 de abril de 2011.
- ❖ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso administrativo; sección tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp; 01008 Bogotá, noviembre 30 de 2006.
- ❖ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso administrativo; sección tercera, Subsección C, Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz, Exp: 01635, Bogotá, 16 de marzo de 2015.

- ❖ Corte Constitucional Sentencia T-707 de 2012 Magistrado Ponete: Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá 2012.
- ❖ Corte Constitucional, Sentencia T-740 de 2011, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá 2011.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia T-1104 de 2005 Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, Bogotá 2005.
- ❖ Corte Constitucional Sentencia C-400 De 1999; Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.
- ❖ Corte Constitucional Sentencia C-741 de 2003 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa,
- ❖ Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 1996, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara, Bogotá, D.C., junio Seis (6) De 1996.
- ❖ Corte Constitucional, Sentencia C-691 De 2008 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá 2008
- ❖ Corte Constitucional en sala plena, sentencia SU 1010 de 2008 Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, 2008.
- ❖ Corte constitucional Sentencia C-1514 de 2000, Magistrada Ponente: Martha Victoria SÁCHICA Méndez, Bogotá año 200
- ❖ Cuenca Carlos; López Luisa & Martínez Juan; clausulas excepcionales. En. La contratación estatal, teoría general, perspectiva comparada y regulación internacional; Bogotá Colombia; año 2010.
- ❖ Duplá María, , Dotaciones Para La Recuperación De Activos Reversibles Como Deducibles Del Impuesto Sobre Sociedades, Tesis Doctoral, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, Departamento De Derecho Área De Derecho Financiero Y Tributario, año 2002.
- ❖ Ecos de economía revista de Economía universidad EAFIT Año 17 I No. 37 I 2013, Moncada Johnny, Pérez Carolina, Darío Germán & Valencia Agudelo; Comunidades organizadas y el servicio público de agua potable en Colombia: una defensa de la tercera opción económica desde la teoría de recursos de uso común; Medellín-Colombia, año 2013

- ❖ García Carlos; reversión de bienes en el contrato de concesión; Derecho y Sociedad, Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monte Ávila, No 4; Caracas-Venezuela, año 2003.
- ❖ Gordillo Agustín, tratado de derecho administrativo; parte general, Tomo 2, Macchi; Buenos Aires, año 1986.
- ❖ Grau María, Extinción de las concesiones; Conferencia dictada en el foro "Régimen Jurídico de la Contratación Administrativa" el 23 de junio de 2000., Caracas-Venezuela.
- ❖ Hernández Paola en los Servicios Públicos Domiciliarios Como Derecho Fundamental. Un Derecho De La Población Vulnerable: Estudio Comparado – Colombia Frente A España, Bogotá, Universidad Católica De Colombia, año 2014.
- ❖ Hernández Karen, El Contrato De Concesión Portuaria; Trabajo De Grado; Universidad Javeriana, facultad de ciencias jurídicas, departamento de derecho público político, área de derecho administrativo, Bogotá, Año 2000.
- ❖ Matilla Andry, Introducción Al Régimen Jurídico De Las Concesiones Administrativas En Cuba, Primera edición, la Habana, Editorial Universitaria, año 2009.
- ❖ Matilla Andry, Derecho Administrativo Y Servicio Público, Trazos Inconclusos Desde Una Perspectiva Histórica, biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM disponible en <file:///D:/tesis%20de%20grado/18.pdf>.
- ❖ Ministerio de Desarrollo Económico Decreto 421 de 200, Por el cual se reglamenta el numeral 4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994, en relación con las organizaciones autorizadas para prestar los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas, Bogotá del 13 de Marzo del 2000.
- ❖ Organización internacional del trabajo (OIT), Gernigon Bernard, Odero Alberto & Guido Horacio, Principios de la OIT Sobre El Derecho De Huelga; Primera edición, en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 117 (1998), núm. 4. Esta edición año (2000), Ginebra, Suiza 1998.
- ❖ Osorio Néstor; Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del

legislador?, universidad Externado de Colombia, Bogotá, revista virtual de derecho administrativo, número 10, año 2013.

- ❖ Palasi José, La Actividad Industrial Del Estado En El Derecho Administrativo, revista de administración pública No 3 año 1950.
- ❖ Penagos Gustavo, Curso De Derecho Administrativo, Tomo I, primera edición, Bogotá Colombia, Librería Del Profesional, año 1982.
- ❖ Presidencia de la república, Decreto 150 de 1976; Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas.
- ❖ Presidencia De La Republica, Departamento Nacional De Planeación; Decreto Número 1082 De 2015 Por Medio del Cual Se Expide El Decreto Único Reglamentario Del Sector Administrativo de Planeación Nacional
- ❖ Presidencia de la republica Decreto 222 de 1983; Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.
- ❖ Ramos Amparo y Ramos Jairo, Contratación Estatal, Teoría General y especial Actualizado Y Sistematizado Con Las Normas Vigentes, Bogotá, Tercera Edición, año 2014.
- ❖ Revollo Daniel, Ramírez Juan & Manjarrez José, comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico, revista; regulación de agua potable y saneamiento básico, no 15 año, una primera aproximación para cuantificar los beneficios económicos asociados a incrementos en cobertura y calidad en el sector de acueducto y alcantarillado en Colombia.
- ❖ Rodríguez Libardo; derecho administrativo general y colombiano, decimoctava edición, Bogotá Colombia, Temis, año 2013.
- ❖ Salinas Martin, Retos a futuro en el sector de acueducto y alcantarillado en Colombia, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, año 2011.
- ❖ Santofimio Jaime, 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, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, año 2010.

- ❖ Serra Andrés, Derecho Administrativo, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia, Octava Edición, Tomo Primero, Argentina, Ediciones Porroa S. A., año 1977.
- ❖ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Informe Sectorial de los Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Grandes Prestadores Empresas con más de 2500 suscriptores, Bogotá, año 2015.
- ❖ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Informe Sectorial de los Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Pequeños prestadores Bogotá, Año 2014.
- ❖ Penagos Gustavo, Curso De Derecho Administrativo, Librería Del Profesional, Bogotá, año1982.
- ❖ Unidad siete (7), la sociedad feudal; la sociedad la economía y el poder en la Europa feudal; señores, clérigos y campesinos, Tomado de [http://temasdehistoria.es/Texto\\_2\\_eso/6soc\\_feudal\\_parte1.pdf](http://temasdehistoria.es/Texto_2_eso/6soc_feudal_parte1.pdf).
- ❖ Vásquez Franco, la concesión administrativa de servicio público, en el derecho español y colombiano, Bogotá, Temis, año1991.
- ❖ Vera Diego, el régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público, departamento de derecho administrativo de la facultad de derecho de Málaga, revista de administración pública, año 1986, número 109, España.
- ❖ Vergara Alejandro, Concesiones De Dominio Público Y Caracterización De Las Concesiones Mineras, revista chilena de derecho Vol. 16 No 3, Santiago de Chile, año 1989.
- ❖ Vergès, Jean-François, Experiencias relevantes de marcos institucionales y contratos en agua potable y alcantarillado, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Colección Documentos de proyectos, Santiago de Chile, Agosto del año 2010
- ❖ Zegarra Diego, Concesión Administrativa e Iniciativa Privada, Revista De Derecho Themis, No 39, Lima-Peru1998.



## **ANEXOS**

### **ADJUNTOS A CD LOS SIGUIENTES:**

- Solicitud de contratos ante la empresa de servicios público mixta Acuacar.
- Contrato de concesión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios
- OTROSÍ No 1 al contrato de concesión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.
- OTROSÍ No 2 al contrato de concesión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.
- OTROSÍ No 3 al contrato de concesión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.
- Reporte anual de sostenibilidad de la empresa Acuacar E.S.P S.A 2014.
- Reporte anual de sostenibilidad de la empresa Acuacar E.S.P S.A 2015.