



**Superservicios**  
Superintendencia de Servicios  
Públicos Domiciliarios



**DNP** DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20191000204631

Fecha: 09/04/2019

GD-F-007 V.11

Página 1 de 5

Bogotá, D.C.

Señor

**ANDRÉS RÚGELES**

Alcalde (E)

**ALCALDIA DISTRITAL DE SANTA MARTA**

alcalde@santamarta-magdalena.gov.co

Calle 14 N° 2 - 49 Palacio Municipal

Santa Marta / Magdalena

**Asunto: Urgente** Situación prestación de los servicios públicos en el Distrito de Santa Marta.

Estimado señor Alcalde:

Actualmente, la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en el distrito de Santa Marta se encuentra a cargo de VEOLIA S.A.E.S.P., en virtud de un contrato de operación suscrito entre esta sociedad y la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta -ESSMAR E.S.P.-, Empresa Industrial y Comercial del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, de carácter oficial (el "Contrato de Operación").

El Contrato de Operación fue resultado de un proceso de licitación pública a través del cual este fue adjudicado al actual operador, como una solución transitoria ante la orden judicial que desencadenó la terminación del contrato con el anterior operador. El Contrato de Operación ha sido prorrogado una sola vez y estará vigente hasta el 17 de abril de 2019.

Esta Superintendencia ha sido informada que ESSMAR E.S.P. asumirá la prestación del servicio directamente una vez el Contrato de Operación termine.

Ante la inminencia de la terminación del Contrato de Operación y dada la naturaleza esencial de los servicios que a través de este se prestan, el distrito de Santa Marta debió realizar las gestiones necesarias para que la operación sea entregada a un tercero en el marco de un proceso de empalme sin incidencias en la prestación del servicio.

Como consecuencia de lo anterior, la situación descrita supone la siguiente problemática:

Alto riesgo de fallas en la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en condiciones de continuidad y calidad, debido a la ausencia de soportes que evidencien la capacidad real operativa, técnica y administrativa que garantice que el cambio de operador no generará afectaciones máxime cuando se advierten riesgos de desabastecimiento del recurso hídrico, inundaciones de aguas residuales, entre otras. Esta Superintendencia a través de comunicados enviados desde el pasado mes de febrero de 2019 ha solicitado de manera reiterada información relacionada, sin que a la fecha se haya recibido respuesta que nos permita determinar la posible

capacidad operativa de ESSMAR ESP. Copia estos documentos fue enviada a su Despacho con Radicado No. 20194210199871 de 5/04/19.

A continuación, desarrollamos los argumentos que sustentan nuestras preocupaciones:

El artículo 365 de la Constitución Política señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado, seguidamente el artículo 336 declara como objetivo fundamental de la actividad estatal, la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Con sustento en la norma constitucional, el artículo 4 de Ley 142 de 1994 precisa que los servicios públicos domiciliarios a los que esta se refiere tienen el carácter de esenciales.

En armonía con lo anterior, al analizar la importancia de perseguir la adecuada prestación de los servicios públicos, la Corte Constitucional ha puntualizado el estrecho vínculo que se predica entre estos y el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Al respecto se refirió el Alto Tribunal en los siguientes términos:

*“En relación con los servicios públicos, la Constitución ha dispuesto que son inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 inc. primero de la C.P.), lo cual comprende el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 inc. primero de la C.P.). Tales previsiones, armonizan con la realización de los derechos fundamentales de las personas en cuanto éstos dependen, en gran medida, de su adecuada prestación, por lo que el sistema político debe buscar la progresiva inclusión de todos en los beneficios del progreso a fin de corregir la deuda social existente en el país con los sectores sociales más desfavorecidos.”<sup>1</sup>*

Así, el servicio que es prestado a través del Contrato de Operación es de naturaleza esencial, por así estatuirlo la Constitución Política y en desarrollo de la misma, la Ley 142 de 1994.

Cabe en este punto anotar que el artículo 30 de la Ley 142 de 1994, señala que las normas que esta Ley contiene sobre contratos se interpretarán en la forma que mejor **garantice la libre competencia** y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca **la continuidad y calidad en la prestación de los servicios**.

A juicio de este ente de control, aun cuando la Ley 142 de 1994 profesa la libertad de entrada en la prestación de servicios públicos domiciliarios, ello no puede ocurrir en desmedro de la libre competencia que como se vio, constituye como tal un principio de interpretación de dicha norma. De allí que no resulte acorde con los fines de la misma, interpretar que un municipio puede entregar directamente la infraestructura pública afecta a la prestación de los servicios a una empresa, sin agotar el correspondiente proceso de selección objetiva que permita garantizar la competencia.

El proceso competitivo debe culminar con anterioridad a la terminación del Contrato de Operación, contemplando un periodo de empalme lo suficientemente amplio para que el nuevo operador asuma la prestación del servicio sin que esta gestión se traduzca en fallas en la continuidad o la calidad a la que tienen derecho sus usuarios, que son nuestra principal preocupación.

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-353/06. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Bogotá D. C., 9 de mayo de 2006.

Considerando que la fecha de terminación del Contrato de Operación se acerca, a juicio de esta Superintendencia, el Distrito, en aras de garantizar la prestación del servicio esencial en condiciones de calidad y continuidad y no afectar a los usuarios y más aún ante la temporada alta de vacaciones que se avecina y que aumentará la demanda de agua potable y tratamiento de aguas residuales, podría analizar, entre otras alternativas, la posibilidad de buscar una prórroga del Contrato de Operación por el plazo que sea necesario para: (i) estructurar y agotar un proceso de selección objetiva para la entrega de la infraestructura e (ii) implementar un proceso de empalme con el futuro operador que mitigue los riesgos que su reemplazo pueda generar sobre la calidad y continuidad del servicio.

La prórroga de un contrato estatal para asegurar la continuidad y calidad de un servicio público en aras de proteger a los usuarios, ha sido avalada por la jurisprudencia, precisando que la protección del interés general y el cumplimiento de los fines estatales cede ante los acuerdos de voluntades que vinculan al estado y a los particulares. En complemento de lo anterior, ha señalado la Corte que el plazo no es un elemento de la esencia del contrato, por lo que puede ser modificado por las partes aún si dicha modificación deriva de una falta de previsión por parte de la administración. En Sentencia C-300 de 2012, la Corte Constitucional se pronunció sobre el asunto de la siguiente manera:

*“Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato. Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a las entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para “(...) **evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación**”, entre otros. En el mismo sentido, en la sentencia C949 de 2001, la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos –como especie de modificación- **pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal**. Al respecto, vale la pena destacar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009: “La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta **que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado.**”*

(...)

***Es posible que la modificación sea necesaria aunque sea consecuencia de falta de previsión.** En tal evento, si bien la modificación puede ser procedente, en tanto no sea imputable al contratista y de acuerdo con las reglas de distribución del riesgo, ello no exime a los funcionarios de la responsabilidad disciplinaria correspondiente. Al respecto, la Sala de Consulta en el concepto en cita indicó: “Al respecto se observa que el artículo 16 no califica en absoluto las circunstancias que pueden dar lugar a la parálisis o a la afectación grave del servicio, de manera que **es indiferente que fueran conocidas o, si debieron serlo, si se previeron y fracasaron los mecanismos para su regulación, etc.** **En la actualidad, y dada la teoría constitucional que subyace en materia de prestación de servicios públicos a cargo del Estado, la mejor y más eficiente prestación de ellos, aún en caso de error o culpa de la administración, es razón suficiente para su modificación.** (...)”*

El Consejo de Estado, en su jurisprudencia, ha señalado que **el plazo es un elemento accidental del contrato –no de su esencia ni de su naturaleza- y por ello puede ser materia de modificaciones**. Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 24 de agosto de 2005, afirmó: "Por otra parte, la prórroga del plazo de los contratos tiene el sustento jurídico de que el plazo no constituye un elemento de la esencia de los contratos a que alude el artículo 1501 del Código Civil y, por tanto, **se puede modificar por acuerdo de las partes, pues no es una de '... aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente'**. Tampoco es un elemento de la naturaleza del contrato, esto es el que no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle sin la necesidad de una cláusula especial, dado que si no se pacta, no existe norma legal que lo establezca. El plazo es, por tanto, un elemento accidental del contrato en razón a que, en los términos del mismo artículo, ni esencial ni naturalmente le pertenece a éste, y se le agrega por medio de cláusulas especiales, es decir que no es necesario para la formación del acto ni se sobreentiende como integrante de él. De consiguiente, **no siendo el plazo un elemento de la esencia del contrato sino meramente accidental, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues éstas lo establecen en el respectivo contrato**." Lo mismo ocurre con el precio, cuya adición, de conformidad con esta misma providencia, es además expresamente autorizada por el artículo 40 de la ley 80, siempre y cuando no exceda el 50% del valor inicial." (Énfasis fuera del texto)

Cabe agregar que, en materia de servicios públicos domiciliarios, los particulares cumplen una función social a la que se adhieren al momento de convertirse en contratistas, en particular si el objeto del contrato se relaciona directamente con la prestación de los servicios públicos esenciales. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-713 de 2009:

"El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan **y de los contratistas**."

Dentro de esta concepción, **el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos**, colaboración que no le impide la legítima obtención de utilidades, así como el cumplimiento de la función social que se requiere para la realización de dichos fines.

(...)

Dada la evolución en materia de contratación pública y de las condiciones bajo las cuales los particulares contratan con el Estado, ya no se está ante reglas que buscan morigerar el poder exorbitante del Estado, **sino ante reglas que pretenden satisfacer los principios que orientan la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), y que imponen a las entidades estatales asegurar el cumplimiento de tales principios en los contratos que celebran**." (Énfasis fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, para esta Superintendencia es claro que no solo la suscripción sino la modificación de un contrato estatal como es el Contrato de Operación, debe perseguir el cumplimiento de los fines estatales y más aún el interés general.

En este orden de ideas, en aplicación de los principios orientadores señalados en el artículo 30 de la Ley 142 de 1994, esta Superintendencia considera que la prórroga del Contrato de

Operación es una alternativa que garantiza la libre competencia y que favorecerá, dadas las circunstancias actuales, la continuidad y calidad en la prestación de los servicios en el Distrito de Santa Marta, en aras de garantizar el servicio y protección de los usuarios.

Así mismo, la prórroga del Contrato de Operación permitirá al Distrito de Santa Marta agotar un proceso de selección objetiva que permita entregar la infraestructura afecta al servicio a aquella persona que se encuentre en mejores condiciones de operarla.

Lo anterior se asegurará mediante el cumplimiento de los requisitos técnicos, legales y financieros que se incorporen en los respectivos pliegos de condiciones, y que deben ser acordes a la necesidad identificada por el Distrito en ejercicio del deber de planeación que debe ser observado por todas las entidades públicas, sin excepción.

En consideración a la competencia que el artículo 5 de la Ley 142 de 1994 asigna a los municipios en relación con la prestación eficiente de los servicios domiciliarios de acueducto y alcantarillado, por medio de esta comunicación ponemos de presente nuestros reparos y preocupaciones ante la situación que se presenta en el Distrito de Santa Marta, para que en el marco de sus facultades tome las decisiones necesarias para evitar que se desconozcan los derechos de los usuarios de su jurisdicción, a recibir dichos servicios en condiciones de calidad y continuidad.

Esta Superintendencia reitera que, en el marco de sus facultades estará presta a apoyar las gestiones que su administración llegare a adelantar para evitar que los derechos de los usuarios de los servicios de acueducto y alcantarillado en el Distrito de Santa Marta se vean vulnerados por la coyuntura derivada de la terminación del Contrato de Operación.

Atentamente,



**NATASHA AVENDAÑO GARCÍA**

Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios

Anexo: Copia Acta Mesa de Seguimiento Comités de Empalme de 4 de abril de 2019

Copia: Dr. Fernando Carrillo Flórez – Procurador General de la Nación, Carrera 5 # 15-80, [procurador@procuraduria.gov.co](mailto:procurador@procuraduria.gov.co), Bogotá D.C.

Dr. Jonathan Malagón González – Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio, Carrera 6 # 8-77 la Botica, [correspondencia@minvivienda.gov.co](mailto:correspondencia@minvivienda.gov.co), Bogotá D.C.

Dr. Jorge Eduardo Escobar Silebi - Procurador Regional del Magdalena, Calle 15 N° 3 - 25 ED BCH Piso 9, [jescobar@procuraduria.gov.co](mailto:jescobar@procuraduria.gov.co), Santa Marta/Magdalena

Dra Myriam Méndez Montalvo - Procuradora Delegada, Procuraduría Delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales, Carrera 5 N° 15-80 Piso 17, [descentralizacion@procuraduria.gov.co](mailto:descentralizacion@procuraduria.gov.co), Bogotá, D.C

Dr. Leandro Ramos - Procurador Delegado, Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la función Pública, Carrera 5 N° 15-80 Piso 17, [funcionpublica@procuraduria.gov.co](mailto:funcionpublica@procuraduria.gov.co), Bogotá, D.C

Dr. Carlos Negret M. Defensor del Pueblo Carrera 9 No. 16-21 Piso 11 Bogotá D.C

Dr. Carlos Córdoba L. Contralor General de la República Carrera 69 No 44 - 35 – Bogotá D.C [cgr@contraloria.gov.co](mailto:cgr@contraloria.gov.co)

Dr. Andres Barreto Gonzalez. Superintendente de Industria y Comercio carrera 13 No. 27-00 Piso 1 y 3 Bogotá, D.C

Dr. Chadan Rosado T. Personero Distrital de Santa Marta Calle 26 2B-38 el Prado Santa Marta

Proyecto: Martha Eugenia García Jaimes – Directora de Investigaciones Delegada AAA  
 Juan José Ramírez Reatiaga – Abogado Dirección Investigaciones Delegada AAA  
 Diana Esperanza Ramírez Castaño – Abogada Asesora Superintendencia Delegada para AAA

Revisó: Milton Eduardo Bayona Bonilla – Superintendente Delegado Para Acueducto, Alcantarillado y Aseo  
 Víctor Hugo Arenas Garzón – Director Técnico de Gestión de Acueducto y Alcantarillado  
 Andrés Felipe Bitar Arrazola – Asesor Despacho Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios

Aprobó: Milton Eduardo Bayona Bonilla – Superintendente Delegado Para Acueducto, Alcantarillado y Aseo  
 Víctor Hugo Arenas Garzón – Director Técnico de Gestión de Acueducto y Alcantarillado