

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-SJ-202405-00037942
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

Bucaramanga, 27 de mayo de 2024

Doctora
Edly Juliana Pabón Rojas
Líder del programa Unidad Técnica de Servicios Públicos
Municipio de Bucaramanga

Asunto: Solicitud de concepto jurídico.

Con el presente, me permito dar respuesta a la solicitud del asunto en los siguientes términos:

i. El objeto de la solicitud.

Refiere en su solicitud los hechos que a continuación se relatan:

Entre el Municipio de Bucaramanga y el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga AMB E.S.P, se suscribió el convenio No. 00154 de fecha 27 de mayo de 2011, que tuvo como objeto: *"La transferencia y manejo de recursos a cargo del Municipio de Bucaramanga, con destino al Acueducto Metropolitano de Bucaramanga y con la finalidad de cubrir los subsidios otorgados en el servicio público domiciliario de Acueducto a los usuarios de estrato 1,2,3 y pilas públicas del Municipio de Bucaramanga"*.

Refiere que, conforme a comunicaciones emanadas de las Secretarías de Hacienda e Infraestructura del Municipio de Bucaramanga, el plazo del convenio se encuentra vigente según lo estipulado por las partes en la cláusula 3ª del bilateral.

Se expresa que el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga AMB S.A. E.S.P, ha venido presentando al Municipio de Bucaramanga cuentas de cobro correspondientes a los subsidios aplicados por servicio de alcantarillado, durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2023, y enero del 2024.

Con base a las cuentas presentadas por el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga en cuanto a los subsidios aplicados por servicio de alcantarillado, indica que la Secretaría de Hacienda manifestó que no es viable efectuar pagos en este momento por cuanto no se encuentran contemplados en el objeto de contractual ni en el clausulado del Convenio No. 154 de 2011, y que con relación a la suscripción de un nuevo convenio, se señaló por ese Despacho -que- la administración municipal se encuentra en proceso de armonización presupuestal, toda vez que se está elaborando el Plan de Desarrollo Municipal.

Pone de presente que el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga ante la respuesta dada por la Secretaría de Hacienda, ofició al Municipio consultando la posibilidad de realizar una modificación al Convenio No. 154 de 2011 para incluir la prestación del servicio de alcantarillado.

Finalmente, refiere como antecedentes a la consulta, que los subsidios de los estratos 1, 2 y 3 que cancela el Municipio de Bucaramanga a las Empresas de Servicios Públicos, se realizan con cargo al Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso modificado mediante Acuerdo Municipal No. 027 del 28 de noviembre de 2002.

Con apoyo a la situación que fue descrita, consulta:

www.bucaramanga.gov.co

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-SJ-202405-00037942
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

¿Es posible suscribir otro si al Convenio No. 00154 del 27 de mayo del 2011 suscrito entre el Municipio de Bucaramanga (Secretaría de Hacienda) y Acueducto Metropolitano de Bucaramanga AMB E.S.P., para incluir el servicio público de alcantarillado?

De ser afirmativa la respuesta al punto anterior; ¿Es posible cancelar los meses facturados por alcantarillado anteriores a la fecha de suscripción del otro sí?

De ser negativa la respuesta al punto 1, ¿Qué mecanismo sería el adecuado jurídicamente para realizar el pago de subsidios por concepto de alcantarillado del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga AMB E.S.P? ¿Una vez suscrito o expedido (sic) mecanismo, se podrían cancelar facturas generadas en fechas anteriores al inicio del mismo?

ii. Análisis de la situación propuesta.

Se considera que, a efectos de resolver la inquietud planteada, es necesario abordar los siguientes temas: (i) la modificación a los contratos estatales; (ii) los límites de orden material para las modificaciones al contrato estatal; (iii) de la naturaleza y finalidad de los subsidios en los servicios públicos domiciliarios de agua, alcantarillado y aseo; (iv) la transferencia de dinero de las entidades territoriales por concepto de los subsidios – directos en los servicios públicos domiciliarios de agua, alcantarillado y aseo y el plazo para realizarlo; (v) análisis del caso en concreto; vi) conclusiones.

ii.i. La modificación a los contratos estatales.

Sea lo primero por definir que acorde a las disposiciones legales, esto es, Ley 80 de 1993, la naturaleza del contrato estatal se define por un criterio subjetivo - orgánico, consistente en la naturaleza de la entidad que lo celebra. En este sentido, se define por la jurisprudencia¹ como contratos estatales, todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales.

En cuanto al régimen de las modificaciones de los contratos estatales, la ley 80 de 1993 y sus modificaciones, no consagran una regulación expresa sobre la posibilidad de modificar bilateralmente los contratos celebrados por las entidades estatales². Ello encuentra sustento en que, en principio, los contratos deben ejecutarse en las condiciones pactadas inicialmente, pues tales condiciones fueron convenidas luego de que la entidad pública surtiera los procedimientos previstos para la selección de su contratista y definiera los aspectos, técnicos, legales y financieros propios de cada caso, con observancia de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como de todos los demás principios de la función administrativa, aplicables al proceso de gestión contractual. La regulación expresa contenida en la Ley se limita a fijar los porcentajes límite para adicionar los valores inicialmente pactados, como lo hace el artículo 40 de la Ley 80 de 1993³.

En el contexto antes descrito, el Consejo de Estado⁴ ha expresado lo siguiente:

¹Sentencia del Consejo de Estado del 24 de mayo de 2012, Sección Tercera, radicación No. 76001-23-25-000-1999-00272-01(21181).

²Más allá de la cláusula excepcional de modificación unilateral y los límites cuantitativos para el adicional de los contratos, no existe un desarrollo legal o reglamentario sobre las reglas aplicables a la modificación del contrato estatal.

³Asesoría Jurídica de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, Concepto C- 943 de 2022.

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-SJ-202405-00037942
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

"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.

La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar ... diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar. Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes".

De esa manera, si bien no existe una regulación expresa sobre la prohibición de la modificación de los contratos estatales más allá del límite legal para las modificaciones unilaterales (art. 16 Ley 80 de 1993) o de las restricciones en cuanto al límite cuantitativo (art. 40 parágrafo ley 80 de 1993), la modificación del contrato estatal no puede obedecer a una facultad discrecional e ilimitada, por el contrario, se encuentra sujeta a unos límites emanados del contenido y análisis sistemático del ordenamiento jurídico. El Consejo de Estado a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil ⁵ha definido los límites a la modificación de los contratos estatales así: (i) límites de orden temporal (relacionados con la vigencia del contrato); (ii) límites de orden formal (relacionados con la solemnidad del contrato de modificación; la motivación y justificación de la modificación) y (iii) límites de orden material. Sobre este último, esto es, los límites de orden material, se pasará a abordar en el siguiente acápite.

ii.ii. Los límites de orden material para la modificación de los contratos estatales.

Dentro de los límites de orden material para la modificación de los contratos estatales - definidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁶ se encuentran los siguientes:

- **límites cuantitativos** (imposibilidad de adicionar un contrato en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales, salvo para el contrato que tenga como objeto la interventoría).
- **la prohibición de fraccionamiento del contrato y del objeto** (Consistente en que el objeto no puede dividirse o fraccionarse para realizar diversos contratos que tengan como finalidad evadir el proceso de selección).

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de marzo de 2016, expediente 2263.

⁶ Ídem.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-SJ-202405-00037942
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

- límites relacionados con la variación del objeto y con el contenido sustancial del contrato y del pliego de condiciones.

Para el presente caso, dado el objeto de la consulta y los hechos en que se sustenta, nos referiremos solo al límite relacionado con la variación del objeto y con el contenido sustancial del contrato y del pliego de condiciones.

Frente a este límite, se indica que consiste en que no es procedente en la ejecución del contrato modificar aspectos sustanciales del pliego de condiciones que sirvieron de fundamento para la selección objetiva, previstos como requisitos habilitantes y ponderables de las ofertas como contenido mínimo de la solicitud de elegibilidad. Si así fuera, se desconocerían los requisitos del ordenamiento jurídico, los derechos de los interesados en el proceso precontractuales, y se vulnerarían los principios de transparencia y de igualdad de oportunidades. Por lo tanto, el poder de modificación de la administración es limitado y debe respetar la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, pues una alteración extrema significaría un contrato diferente. En ese sentido, se ha precisado, a propósito de los efectos vinculantes del pliego de condiciones, que la variación del objeto contractual proyectado o la modificación sustancial de los términos de referencia, vulneran los principios constitucionales y legales de transparencia al igual que orientan la función administrativa⁷.

En cuanto al objeto del contrato, corresponde a la prestación requerida y acordada por las partes, realmente referida al objeto de la obligación, esto es, aquello a lo cual se obliga el deudor; designa la prestación a propósito de la cual interviene el acuerdo de voluntades. En el concepto de objeto puede distinguirse el núcleo esencial previsto en el contrato esto es, la prestación a realizar por el contratista- *obras, servicios o suministros*-, que corresponde a la necesidad que se pretende satisfacer y los elementos accesorios que precisan su contenido (*forma y modo*), como pueden ser la forma de su ejecución, los materiales y especificaciones técnicas para su cumplimiento, etc. Sin perjuicio del análisis de cada caso, según lo estipulado en el pliego de condiciones o surgido de la naturaleza del contrato, lo que siempre resulta inalterable durante todo el *iter* del contrato, *es la modificación del núcleo esencial del objeto*, pues en este caso existiría una novación de la obligación que conllevaría a la invalidez del contrato modificadorio, por contravenir las normas y principios de la contratación estatal, en especial, los de transparencia, libertad de concurrencia e igualdad⁸.

Por lo tanto, en cuanto a la posibilidad o no de modificar el objeto del contrato, el Consejo de Estado⁹ ha señalado la inmodificabilidad de las cláusulas relativas a la clase y objeto del contrato, las cuales deben ser mantenidas durante toda su ejecución so pena de desconocer de moralidad, imparcialidad, igualdad y transparencia, al respecto sostuvo;

"(...) En consecuencia concluye la Sala que en el marco de la contratación estatal no resulta posible para las partes de un contrato modificar su objeto o su clase por que ello vulneraría los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia, igualdad, planeación y selección objetiva, además de que desconocería las condiciones previstas en el pliego de condiciones y constituirá una transgresión a los derechos y obligaciones de los contratantes, porque no es sólo el interés del Estado lo que protege el pliego, sino también los derechos y garantías de los interesados y oferentes, quienes realizan estudios y gastos en la confección de sus propuestas, por lo cual resultarían defraudados y perjudicados si luego la entidad estatal unilateralmente o con la anuencia del contratista pudiera dejar de lado sus disposiciones, condiciones y/o exigencias".

⁷González López, E. (2023). *Los contratos estatales. El proceso de selección y la modificación de los contratos*. Tirant lo blanch.p.1040.

⁸ Ídem.

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de marzo de 2016, radicado No. 2263.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA*	No. Consecutivo 2-SJ-202405-00037942
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

Se precisa, además, que no hay norma alguna que habilite a la Administración Pública para modificar el objeto y clase del contrato, si se tienen en cuenta los precisos límites de la potestad de modificación unilateral, y con mayor razón cuando se trate de una modificación de común acuerdo. Manifiesta el alto Tribunal¹⁰ Contencioso que con criterio similar la Corte Constitucional ha considerado que no es posible la modificación del objeto, en tanto constituye un elemento de la esencia¹¹, y se requería un nuevo contrato, lo cual no impide que pueda ser complementado mediante la adición de actividades necesarias para su adecuada realización¹².

ii.iii. De la naturaleza y finalidad de los subsidios en los servicios públicos domiciliarios de agua, alcantarillado y aseo.

La Constitución Política concedió especial relevancia socio económica a la prestación de servicios públicos domiciliarios en condiciones de mercado competitivo. En consonancia con ello, a través de los artículos 356, 360, 361, 367 y 368 y demás normas concordantes, la Constitución fijó el marco de referencia que cubre el entramado de los aportes y los subsidios, a saber; el artículo 367 prevé que el régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos, al paso que el artículo 368 dispone que la Nación, los departamentos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán hacer apropiaciones presupuestales destinadas a conceder subsidios para que las personas de menores ingresos puedan pagar el precio de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas. De este amplio espectro constitucional se desprenden las manifestaciones concernientes a la solidaridad y redistribución del ingreso en la esfera de los servicios públicos domiciliarios, personas y el Estado mismo (aportantes), y en el otro la mayoría de habitantes del país (beneficiarios)¹³.

Según el artículo 14-29 de la Ley 142 de 1994, el subsidio consiste en la diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de referencia de este, cuando tal costo es mayor que el pago que se recibe. El subsidio no puede exceder del consumo básico o de subsistencia (art. 99-5 ley 142 de 1994). Son destinatarios de los subsidios los usuarios de los estratos 1 y 2 que habiten en inmuebles residenciales o zonas rurales, al tiempo que se les difiere a las comisiones de regulación la definición de las condiciones para otorgarlos al estrato 3 (ar.99-7 ib.) La ley consagra los topes de los subsidios por estrato (Ley 1450 de 2011 art. 125) y los mismos aplican para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo.

Esta clase de subsidios que se le otorga a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios con menores capacidades económicas provienen de dos fuentes distintas: por una parte, de las contribuciones que por vía de pago corriente de factura hacen los usuarios de los estratos cinco, seis e industrial y comercial (*subsidios cruzados*)¹⁴, y por lo otra, a través de los pagos que por este concepto hacen la Nación y las entidades territoriales (*subsidios directos*), cuando los recursos provenientes del superávit del cruce de contribuciones y subsidios por parte de las empresas, no resulten suficientes para cubrir las destinaciones del fondo de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los *subsidios directos* son aquellos que de conformidad con las disposiciones del artículo 368 Constitucional pueden conceder la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las

¹⁰ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 28 de junio de 2012, expediente 23966.

¹¹ Sobre este punto, el Profesor Gonzáles manifiesta que, si las modificaciones son de tal entidad que implican modificar el objeto y la clase del contrato, o determina una modificación sustancial, independiente de las causas anteriores o posteriores que lo originen, no podrán continuarse con su ejecución. En, González López, E. (2023). Los contratos estatales. *El proceso de selección y la modificación de los contratos*. Tirant lo blanch.

¹² Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 28 de junio de 2012, expediente 23966.

¹³ Molina Torres. J. (2014). *La solidaridad y la redistribución en el servicio público de acueducto*. Grupo editorial Ibáñez.p.94-95.

¹⁴ Esta definición y clasificación se encuentra explicada por el profesor José Antonio Molina Torres. En, Molina Torres, J. (2014). *La solidaridad y la redistribución en el servicio público de acueducto*. Grupo editorial Ibáñez.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-SJ-202405-00037942
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

entidades descentralizadas a las personas de menores ingresos, es decir, a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3. Los subsidios pueden tener como fuente financiación los ingresos corrientes y de capital, el Sistema General de Participaciones y los recursos de impuestos que para tal efecto dispone la Ley de servicios públicos. En ningún caso se podrán ejecutar recursos del crédito para atender subsidios (art. 100 Ley 142 de 1994), lo cual, se justifica en el hecho de que tal ejecución no revierte en valores agregados.

En relación con los subsidios directos, ha manifestado el Consejo de Estado¹⁵, lo siguiente:

"Ha de señalarse que el otorgamiento de subsidios con cargo a los presupuestos públicos con el fin de asegurar la prestación eficiente y efectiva de servicios públicos domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos, en realidad constituye un deber a cargo de la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas, dentro del límite de sus posibilidades presupuestales y respectivas capacidades financieras. Sólo en la medida en que ese deber sea efectivamente atendido y satisfecho, sólo así el Estado podrá atender el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; no de otra forma podrá cumplirse el objetivo fundamental del Estado consistente en solucionar las necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable: el cumplimiento de ese deber constituye una vía cierta para que la Nación y las entidades territoriales cumplan con el mandato de darle prioridad al gasto público social; difícilmente puede encontrarse una forma al cumplimiento de ese deber; para concretar en una realidad tangible al carácter social de nuestro Estado de derecho; mediante el cumplimiento de ese deber se contribuye de manera efectiva al propósito básico de asegurar la vida de los integrantes de menores ingresos del Pueblo Colombiano en condiciones dignas, dentro de un marco jurídico democrático que se traduzca realmente en un orden económico y social justo".

Ahora, el manejo presupuestal y contable de esta clase de subsidios según las disposiciones de la Ley 142 de 1994 en su artículo 89, se da por medio de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, el cual, es obligación su creación a los concejos municipales, ello, para que al presupuesto del Municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios públicos, según el servicio que se trate. La naturaleza de estos fondos según la ley 142 de 1996 y el Decreto 565 de 1996 corresponde a cuentas especiales dentro de la contabilidad de los municipios, distritos y departamentos, a través de los cuales se contabilizará exclusivamente los recursos destinados a otorgar subsidios a los servicios públicos domiciliarios.

En el caso del Municipio de Bucaramanga, mediante Acuerdo Municipal No.020 de 1998 modificado por el Acuerdo Municipal No. 027 de 2002 se creó el fondo de solidaridad y redistribución de ingresos en el Municipio de Bucaramanga. Por otra parte, mediante Acuerdo Municipal No. 002 del 21 de febrero de 2022, se establecieron los factores de subsidios y aportes solidarios para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo para el período 2022-2026.

ii.iv. La transferencia de dinero de las entidades territoriales por concepto de los subsidios – directos en los servicios públicos domiciliarios de agua, alcantarillado y aseo, y el plazo para realizarlo.

Según el artículo 11 del Decreto 565 de 1996 compilado por el Decreto 1077 de 2015, las transferencias de dinero de las entidades territoriales a los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos por concepto de *subsidios*, deberán ser giradas a la entidad prestadora del servicio público para la aplicación de los subsidios, en un plazo de treinta (30) días, contados desde la fecha en que la entidad prestadora expida la factura a cargo del municipio. Indica la norma, que, para asegurar esa transferencia, los recursos destinados a otorgar subsidios y que provengan de las tesorcerías de las entidades territoriales deberán ceñirse en su manejo al contrato que para el efecto debe suscribirse entre el municipio, distrito o departamento y las entidades encargadas de la prestación

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, rad. 2004-00413-01 (AP).

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-SJ-202405-00037942
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

de servicios públicos, en el que, entre otros, se establecerán los intereses de mora. Se señala por la norma, que los alcaldes y concejales deben dar prioridad a las apropiaciones para los servicios de acueducto y alcantarillado, sobre otros gastos que no sean indispensables para el funcionamiento del ente territorial respectivo.

Sobre la naturaleza de esta clase de acuerdos contractuales, se indica que no se encuentra tipificada ni en el derecho público ni en el derecho privado, constituyéndose en una modalidad especial de contratación sin que pueda perderse de vista en ningún momento que los dineros que se transfieren a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos creados por los Concejos Municipales o Distritales son recursos públicos, por disposición expresa del legislador en el numeral 89.6 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994¹⁶.

Ahora bien, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios¹⁷ en cuanto a la obligación legal de suscribir estos contratos entre los Municipios y los prestadores de los servicios públicos para asegurar la transferencia del dinero por concepto de subsidios, precisó que si bien es una obligación legal su suscripción - también lo es que su no existencia o suscripción no impide la obligación de las entidades de transferir el dinero para el cubrimiento de los subsidios que deben aplicarse y otorgarse, al respecto sostuvo:

" (...) De conformidad con lo señalado en el precepto citado, la transferencia de recursos destinados a subsidios, debe efectuarse a través de la suscripción de los contratos pertinentes, por lo cual la celebración de los mismos es una obligación legal. Sobre el particular es importante precisar, que estos acuerdos contractuales constituyen una modalidad especial de contratación, que no se encuentra tipificada ni en el derecho público ni en el privado, por lo que su operatividad corresponde a la entera autonomía de las partes.

Ahora bien, en cuanto a la suscripción de estos contratos o convenios, esta Oficina ha manifestado de forma reiterada (Conceptos SSPD-OAJ-2010-664, SSPD-OAJ-2011-174), que ni los municipios ni las empresas pueden excusarse en la inexistencia de los mismos, para incumplir su obligación constitucional y legal de otorgar o aplicar tales subsidios, puesto que tales recursos se encuentran constitucionalmente protegidos y destinados a un fin específico, razón por la cual si los recursos han sido apropiados por el municipio, y la empresa a través de una cuenta de cobro o una factura, le solicita el giro de tales recursos, es procedente la entrega de los mismos, aunque no se hubiere suscrito el convenio referido.

No sobra señalar, que previo al otorgamiento de subsidios por parte del ente territorial, este debe haber verificado que el prestador haya aplicado la metodología para la determinación del equilibrio entre subsidios y contribuciones para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, asegurando que el monto de las contribuciones sea suficiente para cada uno de los servicios que son objeto de subsidio, metodología que básicamente debe atender lo siguiente:

1. Antes del 15 de julio de cada año, todas las prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, de acuerdo con la proyección de usuarios y consumos, la estructura tarifaria vigente, y el porcentaje o factor de Aporte Solidario aplicado en el año respectivo, deben presentar al Alcalde, por conducto de la dependencia que administra el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del respectivo municipio o distrito, una estimación para el año siguiente del monto total de los recursos potenciales a recaudar por concepto de aportes solidarios, así como la información del número total de usuarios atendidos, discriminados por servicio, estrato y uso, y para los servicios de acueducto y alcantarillado, la desagregación de consumos y vertimientos, respectivamente, según rango básico, complementario o suntuario".

¹⁶ Ver Concepto 5681 del 26 de enero de 2022 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

¹⁷ Ver concepto 031 del 21 de enero de 2022 emitido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-SJ-202405-00037942
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

En el mismo sentido, en cuanto a la obligación legal del pago y prioridad que deben realizar los Municipios a las empresas prestadoras del servicio público por concepto de subsidios de agua, alcantarillado y aseo, ha manifestado el Consejo de Estado¹⁸, lo siguiente:

"(...) Se deriva de esta disposición, (artículo 89 de la Ley 142 de 1994) la indiscutible obligación, que tienen la Nación, los departamentos, distritos y municipios de cubrir con aportaciones provenientes de sus respectivos presupuestos las diferencias de los FSRI, necesarias para poder subsidiar a los usuarios de escasos ingresos. No existe duda entonces de que en el caso objeto de análisis existía una obligación en cabeza del municipio de realizar estos aportes. Estableció también la ley, unas reglas para el pago de estos dineros por concepto de subsidios. Particular relevancia ofrecen algunas de ellas, contenidas en el artículo 99 de la Ley 142 de 1994. Como antes se observó, el pago que por concepto de subsidios debe hacer, entre otros, el municipio a las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, no es optativo, sino obligatorio; así mismo, su monto no debe ser parcial sino total en lo que respecta a la diferencia que se presente en el caso concreto. De esta manera no se derivan dudas en cuanto a la obligatoriedad, ni en cuanto a la posibilidad de exonerarse del mismo, con ocasión de inversiones en infraestructura; esta es una prioridad de la inversión municipal, pero no suple otra obligación que surge de la ley. Con la demostración por parte del municipio de inversiones en materia de infraestructura de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, no se suple entonces su obligación, de aportar las sumas de dinero necesarias para la realización de los subsidios señalados".

ii.v. Análisis del caso en concreto.

Acorde a los hechos de la consulta, se considera que existe una limitación de tipo material para modificar el objeto del convenio no. 00154 del 27 de mayo del 2011, en el sentido de pretender agregar en él la transferencia y manejo de recursos con el fin de cubrir los subsidios otorgados en el servicio público de alcantarillado, ello, por cuanto se explicó en líneas anteriores, el objeto del contrato corresponde a un elemento del núcleo esencial del negocio que resulta inalterable durante su vigencia. Por lo tanto, corresponderá a la administración junto con el operador, determinar la necesidad de suscribir un bilateral en el que se incluyan de forma conjunta la transferencia y manejo de recursos con el fin cubrir los subsidios otorgados en el servicio público de alcantarillado y agua, o en su defecto suscribir un bilateral que incluya solo lo correspondiente al servicio público de alcantarillado.

En lo que atañe a la transferencia del dinero por parte de la entidad territorial para garantizar el pago de los subsidios directos aplicados por la empresa prestadora del servicio público domiciliario de alcantarillado a los usuarios beneficiados durante los períodos descritos, como bien se explicó en el acápite ii.iv, no es optativo, sino obligatorio; a pesar que no se hubiera suscrito previamente el convenio de transferencia, lo anterior, puesto que tales recursos se encuentran constitucionalmente protegidos y destinados a un fin específico, razón por la cual si los recursos han sido apropiados por el municipio, y la empresa a través de una cuenta de cobro o una factura, le solicita el giro de tales recursos, es procedente la entrega de los mismos, siempre y cuando por parte del Municipio, se verifique que el prestador haya aplicado la metodología para la determinación del equilibrio entre subsidios y contribuciones, así como el otorgamiento de los subsidios a los beneficiarios. No obstante, lo anterior, se sugiere en el marco de la política de prevención del daño antijurídico de la Entidad, que previo a que se ordene y tramite el pago por parte del ente territorial, desde la oficina o dependencia gestora, se remita al comité de conciliación el asunto aquí abordado, con el fin que sea tratado, analizado y aprobado por el comité de conciliación.

ii.v. Conclusiones.

Acorde con lo expuesto en este escrito, el problema jurídico planteado ha de resolverse así:

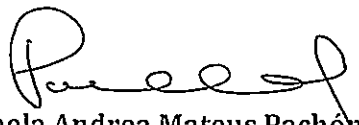
¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, rad. 4001-23-31-000-2003-00266-01 (AP).

DEPENDENCIA: SECRETARÍA JURÍDICA	No. Consecutivo 2-SJ-202405-00037942
OFICINA PRODUCTORA: SECRETARÍA JURÍDICA Código TRD:9000	SERIE/Subserie: DERECHOS DE PETICIÓN / Código Serie/Subserie (TRD) 9000.27 /

No es posible modificar el convenio NO. 00154 del 2011, ya que existe una limitación de tipo material para modificar su objeto por ser un elemento esencial del bilateral.

Los pagos de los subsidios por concepto de alcantarillado al Acueducto Metropolitano de Bucaramanga otorgado a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3, no es optativo, sino obligatorio; a pesar que no se hubiera suscrito previamente el convenio de transferencia, razón por la cual si los recursos han sido apropiados por el municipio, y la empresa a través de una cuenta de cobro o una factura solicitó el giro de tales recursos, es procedente el pago de los mismos de manera directa (*acto administrativo*), siempre y cuando por parte del Municipio a través de la secretaría u oficina gestora, se verifique que el prestador haya aplicado la metodología para la determinación del equilibrio entre subsidios y contribuciones, así como el otorgamiento de los subsidios a los beneficiarios. Ahora bien, y tal como se señaló en el acápite ii.v, previo al pago se sugiere la presentación del caso - por parte de la Secretaría u Oficina Gestora al comité de conciliación, con el fin que sea tratado, analizado y aprobado.

Atentamente,



Paola Andrea Mateus Pachón
Secretaria Jurídica

Revisó: Ivan Mauricio Álvarez Arango/ Abg. Asesor Despacho
Proyectó: Ruben Dario Rojas Herrera/ Abg. Cps No. 059 de 202

