No. 5

BOLETÍN JURÍDICO

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.

acueducto AGUA Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

BOGOTÁ

Vigilado Superservicios

Boletín Jurídico

Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá

Natasha Avendaño García
Gerente General

Juan Ramón Jiménez Osorio
Gerente Jurídico

Autores
Almaster S.A.S
Simón Rodríguez Serna
Lotero Zuluaga Abogados S.A.S.
Sandra Rodríguez Pinilla

Comité editorial
Juliana Santos Ramírez
Marina Montes Álvarez
Juan Carlos Castilla Cruz
Claudette Consuegra Meza

Diseño editorial
Oficina Asesora Imagen Corporativa y Comunicaciones

Av. Calle 24 No. 37-15
Código Postal:111321 Teléfono:(571) 344 7000
Ciudad Bogotá D.C - Colombia
Copyright 2022 EAAB-ESP

Diciembre de 2024

CONTENIDO

4 **Editorial**

5 **Prólogo**

6 **Principales modificaciones al procedimiento sancionatorio ambiental**

24 **Importancia del llamamiento en garantía**

41 **El agua residual tratada y la recirculación como una alternativa frente al estrés hídrico existente en el distrito de Bogotá, Cundinamarca y en general como una alternativa en el país**

53 **Los actos contractuales emitidos por las empresas de servicios públicos oficiales**

EDITORIAL

Al llegar al cierre de este año, la Gerencia Jurídica de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá se complace en presentar la última edición de nuestro Boletín Jurídico para esta vigencia, un espacio donde compartimos los avances normativos, los desafíos legales y las reflexiones que guían nuestra misión: garantizar el acceso al agua potable y al saneamiento básico, contribuyendo al bienestar de los bogotanos y el respeto por sus derechos fundamentales.

En 2024, hemos enfrentado cambios significativos en el marco normativo, desafíos en la implementación de políticas públicas y nuevas expectativas de la ciudadanía en cuanto a la sostenibilidad y la transparencia en la gestión. En este contexto, el derecho se ha convertido no solo en una herramienta de regulación, sino también en un instrumento vital para la promoción de la justicia social y la protección del medio ambiente.

Este año, el fortalecimiento de los principios de equidad, transparencia y participación ha sido clave en la construcción de soluciones jurídicas que favorezcan el desarrollo de nuestra ciudad. Nos hemos visto llamados a cumplir con estándares cada vez más exigentes en cuanto a la regulación ambiental, la protección de derechos de los usuarios y la actualización de nuestra infraestructura legal para enfrentar los retos del cambio climático y la sostenibilidad.

A medida que avanzamos en un entorno jurídico y social cada vez más dinámico, la Empresa reafirma su compromiso con la legalidad, la ética y el servicio público de calidad. El derecho no solo nos orienta en la ejecución de nuestras funciones, sino que también nos motiva a seguir trabajando por una ciudad más justa, resiliente y equitativa, donde cada ciudadano tenga garantizado su derecho al agua y al saneamiento en condiciones óptimas.

Al cierre de este ciclo, agradecemos a todos nuestros colaboradores, aliados y usuarios por su confianza y por ser parte activa en la construcción de una Bogotá más fuerte y sostenible. En 2025, seguiremos comprometidos con el cumplimiento de nuestras responsabilidades legales, con la innovación jurídica y, sobre todo, con el bienestar de nuestra comunidad.

Les deseamos un feliz cierre de año y un 2025 lleno de nuevos desafíos, logros y progreso para todos.

Atentamente,

Gerencia Jurídica

PRÓLOGO

En esta edición, nos enfocamos en temas de gran relevancia que han marcado la agenda jurídica y normativa de este año, comenzando por las modificaciones al proceso sancionatorio ambiental. A lo largo de los últimos meses, el marco normativo en torno a las sanciones ambientales ha sufrido ajustes significativos que impactan la forma en que las autoridades gestionan y resuelven los procedimientos sancionatorios. Este cambio busca fortalecer el cumplimiento de las normas ambientales y asegurar un mayor compromiso en la protección de los recursos hídricos y la biodiversidad, áreas de vital importancia para nuestra misión y para la comunidad.

Asimismo, profundizamos en la importancia del llamamiento en garantía, figura legal que se ha consolidado como una herramienta fundamental en la defensa de los derechos de la EAAB frente a terceros que puedan verse involucrados en procesos que afectan nuestra operación. Este procedimiento contribuye a garantizar la estabilidad y continuidad de nuestros servicios, protegiendo la responsabilidad jurídica de la empresa en diversos escenarios.

Otro tema crucial de nuestra agenda jurídica es el reusó del agua, que cobra cada vez más relevancia en un mundo donde la gestión eficiente de los recursos naturales se convierte en una prioridad. En este artículo, se analizan el nacimiento y desarrollo de dicha figura, así como el fundamento prácticas para la implementación de políticas que favorezcan el uso responsable y eficiente del agua.

Por último, esta edición también incluye un desarrollo del pronunciamiento de las altas cortes sobre la naturaleza de aquellos actos precontractuales y contractuales dictados por las entidades públicas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, como es el caso de la EAAB ESP, indicando que, dichos documentos no poseen la naturaleza de actos administrativos ya que, la empresa al regirse por el derecho privado es considerados actos contractuales.

A través de estos temas, buscamos ofrecer a nuestros lectores una visión integral de los cambios normativos y su impacto en nuestra misionalidad, con el objetivo de seguir garantizando un servicio público de calidad, acorde a las necesidades de Bogotá y al marco legal vigente.

Esperamos que los artículos contenidos en esta edición sean de su interés y provecho, y reafirmamos nuestro compromiso con la transparencia, el respeto a la ley y el bienestar de la comunidad.

Claudette Stella Consuegra Meza
Contratista de la Oficina de Asesoría Legal

PRINCIPALES MODIFICACIONES AL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO AMBIENTAL

Elaborado por:
Almaster S.A.S.
Contratista de la Gerencia Jurídica

La Ley 2387 de 2024 expedida por el Congreso de la República de Colombia, trajo consigo importantes modificaciones en el ámbito del procedimiento sancionatorio ambiental contenido en la Ley 1333 de 2009, las cuales se tomarán las más relevantes y analizarán a continuación:

1. Ajuste de los principios que gobiernan el proceso sancionatorio ambiental.

La Ley 1333 de 2009 contemplaba como principios rectores del procedimiento sancionatorio ambiental, los constitucionales y legales que rigen las actuaciones jurídicas, así como los contenidos en el artículo 1° de la Ley 99 de 1993, sin embargo, con la modificación realizada en la Ley 2387 de 2024 se adicionan los contenidos en el Decreto Ley 2811 de 1974 "Código de los Recursos Naturales", los de la Ley 165 de 1994 "Por medio de la cual se aprueba el *"Convenio sobre la Diversidad Biológica",* hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992" y los de la Ley 388 de 1997.

De esa forma, el objeto de la modificación es garantizar que el procedimiento sancionatorio ambiental no sólo se ajuste a la legalidad y la constitucionalidad, sino también a principios ambientales específicos que refuercen la protección del medio ambiente. La inclusión de nuevos principios puede impactar a la EAAB en la manera en que se valoren las medidas de corrección como de compensación al final de un proceso sancionatorio ambiental, así como la forma como se formulen los cargos basados en el alcance de la aplicación práctica de dichos principios como los de la Ley 388 de 1997 de cara al ordenamiento ambiental del territorio.

El aparatado normativo proporciona una base sólida al integrar tanto principios generales como específicos. Sin embargo, la efectividad dependerá de la claridad en la aplicación de estos. La interacción entre los principios generales y los específicos debe ser clara para evitar conflictos o confusiones. De esa forma, el legislador o en su defecto el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) deberán asegurar que existan guías claras y capacitación a los funcionarios que apliquen estos principios, lo anterior con el fin de evitar interpretaciones erróneas o inconsistentes.

2. Conceptualización y aclaraciones conceptuales.

2.1. Conceptualización de daño ambiental.

Uno de los vacíos jurídicos que contenía el procedimiento sancionatorio ambiental era la ausencia de una definición del daño ambiental. No obstante, la Ley 2387 de 2024 aborda esta deficiencia al proporcionar una definición de este concepto, estableciéndolo de la siguiente manera:

> *"ARTÍCULO 3A. Definiciones. Para efectos de la aplicación de la presente ley se adoptan las siguientes definiciones en el marco del proceso sancionatorio ambiental:*
>
> *DAÑO AMBIENTAL: Deterioro, alteración o destrucción del medio ambiente, parcial o total. (...)"*

Es importante resaltar que, aún dicha definición presenta vacíos legales pues si bien, en el Decreto Ley 2811 de 1974 y la Ley 99 de 1993 relacionan los conceptos de deterioro, alteración y destrucción del medio ambiente, no es clara la diferenciación de conceptos y el alcance que pueden tener.

De esa forma, la generalidad de la definición requiere criterios adicionales para evaluar el grado y la naturaleza del daño y, con ello se torna necesario que se desarrollen directrices o metodologías específicas para medir y clasificar los distintos niveles de daño ambiental. Sin perjuicio de ello, la modificación normativa estableció que el MADS reglamentará la materia, aun cuando la definición sea de aplicación inmediata.

Sin embargo, es posible que mientras se reglamente la materia se presente discusiones sobre la aplicabilidad del nuevo concepto ante la ambigüedad y generalidad del mismo, esto puede generar importantes decisiones que puedan afectar a los usuarios de la autoridad ambiental que sean investigados ya que ante la ausencia de reglamentación, podrá considerarse que cualquier impacto ambiental negativo sea considerado un daño ambiental, dejando de lado las discusiones que se dieron en el Congreso de la República en el marco del trámite de la ley bajo el cual el concepto de daño ambiental buscaba tener un enfoque ecosistémico, lo cual no quedó reflejado en la definición legal aprobada.

2.2. Definición e interpretación de medidas de compensación y de corrección.

Por medio del artículo 3A se define lo que se entiende por medidas de compensación y de corrección, las primeras entendidas como "las acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las comunidades, las regiones, localidades y al entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto, obra o actividad, que no puedan ser evitados, corregidos o mitigados" y las segundas *"las acciones dirigidas a recuperar, restaurar o reparar las condiciones del medio ambiente afectado por el proyecto, obra o actividad"*.

Es necesario que el MADS establezca criterios claros que permitan a las autoridades en cada caso realizar la adecuada aplicación de las medidas de corrección como de compensación. En cualquier caso, las autoridades deberán promover las medidas de corrección sobre las de compensación, lo cual deberán realizar no sólo sobre la base de criterios técnicos, sino sobre la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En cada caso en concreto, deberá la autoridad ambiental definir si impone las medidas de corrección (en primer lugar), o subsidiariamente las medidas de compensación, todo lo cual podrá generar impactos económicos relevantes de cara a las órdenes que para el efecto disponga la autoridad ambiental; incluso podría ocurrir que el valor de la ejecución de las medidas de corrección y/o de compensación puedan llegar a ser más onerosas que las mismas sanciones pecuniarias.

3. Inclusión de nuevos organismos con facultad a prevención.

La Ley 2387 de 2024 extendió la facultad a prevención al Ejército Nacional, la Fuerza Área Colombiana y la Policía Nacional, lo cual resulta beneficioso para prevenir daños ambientales inmediatos en contextos en los que las fuerzas militares tengan la capacidad para actuar rápidamente. Asimismo, la inclusión de estas entidades puede fomentar una mayor coordinación interinstitucional y una respuesta más integrada ante amenazas ambientales que requieren acción inmediata.

No obstante, la inclusión de las fuerzas militares y de policía en funciones ambientales podría representar un desafío debido a que su accionar usualmente se basa en normas de seguridad nacional, por lo cual deberán revisar bajo que rol y facultad están actuando al momento de adoptar acciones y operaciones en campo.

La incorporación de nuevos organismos en la ejecución de la facultad a prevención facilita una respuesta inmediata ante afectaciones ambientales, lo que permite proteger

y conservar los recursos naturales de manera más efectiva. Sin embargo, habrá que revisar como se traduce la extensión de esta facultad a la imposición de nuevas medidas preventivas como lo son la orden de realizar estudios y evaluaciones de impacto ambiental.

4. Destinación específica de las multas.

En la discusión relacionada con el uso de las multas derivadas de los procedimientos sancionatorios ambientales, se pretendía que las multas tuvieran una destinación específica y fijaba el límite de la destinación en un 50% del valor total recaudado por concepto de las multas; sin embargo, con la expedición de la Ley 2387 de 2024 se logró únicamente que las multas derivadas de la imposición de sanciones por parte del MADS, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y de la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia (UAESPNN), que entran al Fondo Nacional Ambiental (FONAM), pueden tener una destinación para acciones de remediación y restauración en campo y, en relación con el porcentaje, el legislador determinó que el mismo sería potestativo de la autoridad ambiental quien bajo el principio de autonomía presupuestal y financiera, debería establecer el porcentaje que se destinaría a realizar acciones de remediación y reparación en campo.

Lo anterior implica que, en el caso de las Corporaciones Autónomas Regionales, las multas seguirán siendo recursos para funcionamiento, sin perjuicio de que las autoridades ambientales puedan utilizar para fondos de remediación, lo mismo podría ocurrir con los recursos de las multas que llegan a los grandes centros urbanos y establecimientos públicos ambientales. No obstante, la norma no lo define, es importante que las autoridades destinen un porcentaje de este tipo de fondos derivadas de las multas para la atención de los pasivos ambientales bajo la Ley 2327 de 2023 como de otras situaciones similares que requieran del fondeo para restauración ambiental dentro de su propia jurisdicción.

De cualquier forma, es importante que el MADS defina criterios claros y específicos para la priorización y asignación de los fondos destinados, así como los procedimientos para la ejecución de los proyectos. La reglamentación que realice el MADS también deberá estar dirigida a incluir mecanismos de supervisión e interventoría que permitan asegurar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos, de igual forma, deberá determinar lineamientos de participación ciudadana.

En ese sentido, si bien la ley no especifica un porcentaje mínimo o máximo para la asignación de fondos destinados a acciones de remediación y reparación en el terreno, este



Foto: Archivo EAAB-ESP.

avance representa un paso significativo en el procedimiento sancionatorio ambiental, al priorizar la recuperación ambiental. No obstante, este porcentaje no quedó definido para grandes centros urbanos o las Corporaciones Autónomas Regionales, estas podrán establecer dentro de la gestión de sus recursos, la designación de un porcentaje del valor que se recoja de las multas para invertirlos en procesos de restauración. Vale la pena señalar, que la inversión de estos valores se da sin perjuicio de las obligaciones de corrección y/o de compensación ambiental que la autoridad ambiental pueda imponer a quienes encuentre como infractor ambiental.

5. Procedencia de los alegatos de conclusión.

La reciente modificación al procedimiento sancionatorio ambiental ha establecido una norma específica para los alegatos de conclusión, limitando su procedencia a los casos en los que se lleve a cabo la práctica de pruebas en el proceso sancionatorio ambiental, lo cual sin dudas representa un avance parcial en las discusiones que se tenían. Antes de la expedición de la Ley 2387 de 2024, no todas las autoridades estaban corriendo traslado para alegar de conclusión, sin embargo, la Ley 2387 de 2024 buscó resolver la discusión jurídica derivada de la aplicación supletiva de la Ley 1437 de 2011 limitándola a los casos en que haya práctica de pruebas. En realidad, la procedencia de los alegatos de conclusión debe ser cuando haya o no práctica de pruebas, máxime en un proceso como el sancionatorio ambiental en el que la autoridad ambiental es la que instruye el proceso, formula cargos, decide sobre las pruebas y decide si declara o no responsable al investigado. En la medida en que no hay una real aplicación del principio de imparcialidad, cada vez que una autoridad decida negar la práctica de pruebas, ello implicará que negará los alegatos de conclusión, haciendo más restrictivo el proceso sancionatorio ambiental y limitando el ejercicio del derecho de defensa, derecho de audiencias, derecho al debido proceso y la real aplicación del principio de legalidad.

Así las cosas, hubiera sido más adecuado que los alegatos de conclusión se permitieran en todo el procedimiento sancionatorio, independientemente de la práctica de pruebas. Esta limitación presenta un inconveniente significativo, ya que la decisión sobre la práctica de pruebas queda a discreción de la autoridad ambiental. Aunque es posible interponer un recurso de reposición en caso de que se niegue la práctica de pruebas, la autoridad puede optar por mantener su decisión de no permitirlas, lo que impediría la posibilidad de presentar alegatos de conclusión. Vale la pena señalar que los alegatos de conclusión le deben aplicar a todos los procesos en curso, inclusive los que vienen antes de la expedición de la Ley 2387 de 2024, ya que estos eran procedentes en aplicación subsidiaria y complementaria de la Ley 1437 de 2011 frente a las disposiciones de la Ley 1333 de 2009. Es importante resaltar que los alegatos de conclusión son una garantía

para el administrado ya que le permite concluir su argumentación fáctica, técnica y jurídica, lo cual revierte en que habrá mayores garantías para la EAAB en la medida en que pueda alegar de conclusión en los procesos sancionatorios ambientales.

De esa forma, el artículo 8 de la Ley 2387 de 2024 establece un marco para los alegatos de conclusión en el procedimiento sancionatorio ambiental, alineándose con la Ley 1437 de 2011, pero limita esta etapa a los casos en los que se hayan practicado pruebas, lo cual no significa que una autoridad ambiental garantista pueda igualmente dar traslado para alegar de conclusión aun cuando no haya habido pruebas aplicando supletivamente la Ley 1437 de 2011. De manera que los alegatos deberían proceder con o sin pruebas, pues así se deriva de la Ley 1437 de 2011, más allá de como quedó la literalidad de la Ley 2387 de 2024, ya que los alegatos de conclusión se consideran una garantía de la defensa del investigado.

6. Modificación del término para la decisión del proceso sancionatorio.

Mediante el artículo 9 de la Ley 2387 de 2024, el legislador modificó el término para declarar la responsabilidad del presunto infractor, para lo cual determinó que la autoridad ambiental deberá resolver el procedimiento sancionatorio dentro de los ochenta (80) días siguientes al vencimiento del término para presentar descargos o alegatos de conclusión.

El pasó de quince (15) días hábiles contenidos en la Ley 1333 de 2009 a ochenta (80) días hábiles para que la autoridad resuelva el sancionatorio ambiental en la práctica resulta inaplicable en la medida en que bajo la modificación del artículo 10 de la Ley 1333 de 2009 bajo la Ley 2387 de 2024, la autoridad podrá tomar cinco (5) años prorrogables por otro cinco (5) años para resolver el sancionatorio. La ampliación del plazo para resolver el sancionatorio hasta 10 años implica una mayor duración del proceso sancionatorio, lo cual implica mayores costos para la entidad en la defensa de los procesos, así como una afectación al principio de seguridad jurídica bajo el cual las decisiones deben adoptarse lo más pronto posible.

7. Posibilidad de suspender el proceso sancionatorio ambiental.

El legislador determinó que a petición del presunto infractor, la autoridad ambiental podrá suspender el procedimiento sancionatorio, por máximo dos (2) años prorrogables por la mitad del inicialmente otorgado, en cualquier tiempo desde la iniciación del procedimiento hasta antes de emitir la decisión que declare la responsabilidad y esta solicitud

procederá únicamente si el presunto infractor presenta propuesta de medidas técnicamente soportadas y viables para corregir y/o compensar la afectación o daño ambiental ocasionado, las cuales deberán ejecutarse directamente por el presunto infractor. Así, la decisión de suspender el procedimiento no será tomada de oficio por la autoridad ambiental, sino que se activará exclusivamente en respuesta a una solicitud del interesado.

En primer lugar, la determinación de que las propuestas de corrección y compensación sean técnicamente soportadas y viables garantiza que las medidas sean efectivas y adecuadas para abordar el daño ambiental. Esto ayuda a asegurar que las soluciones propuestas sean prácticas y realmente contribuyan a la restauración del recurso natural afectado.

Al respecto, también existe la opción de que dicha posibilidad sea usada por el presunto infractor para retrasar el proceso o evitar sanciones, por lo tanto, es necesario que el MADS establezca mecanismos adecuados de control y verificación de la viabilidad y ejecución de las medidas propuestas. De igual forma, se debe brindar capacitación y apoyo a las autoridades ambientales para evaluar adecuadamente las propuestas de medidas y su viabilidad.



Foto: Archivo EAAB-ESP.

En esa línea, el artículo también establece que, una vez terminadas la implementación de las medidas, si la autoridad ambiental determina y valida que se corrigieron y/o compensaron las afectaciones o daños ambientales causados con la infracción investigada, declarará la terminación anticipada del procedimiento sancionatorio ambiental. Es esencial destacar que, el beneficio de suspensión y terminación del procedimiento no se aplicará a los infractores que hayan utilizado este mecanismo en los cinco años anteriores.

Así, la inclusión de la figura de la suspensión del procedimiento sancionatorio para permitir la corrección o compensación de la afectación o daño causado y la terminación anticipada en el evento de la efectiva corrección y/o compensación, asegura que el objetivo final sea la conservación y restauración del medio ambiente, priorizando estos fines sobre la mera declaración de responsabilidad o imposición de una multa. No obstante, se deberán establecer mecanismos adecuados de control y verificación de la viabilidad y ejecución de las medidas propuestas, para evitar el uso de la medida con fines diferentes a los contemplados en la normatividad ambiental.

La posibilidad de suspender el proceso puede implicar una posibilidad para que en casos de procesos sancionatorios en curso se concluyan sin lugar a declaración de condena, sujeto a la condición de la aprobación del plan por parte de la autoridad, como del cumplimiento por parte del investigado. El efecto práctico de esto es anticipar las acciones en campo, para que las mismas no sean impuestas al final de un proceso sancionatorio, mientras que con la suspensión no hay condena con imposición de sanciones, pero si se logra acciones efectivas en campo que contribuyan a la reparación del daño ambiental causado.

Existen dudas sobre la aplicación de esta disposición de suspensión para investigaciones por asuntos formales o documentales en los que no se investigan afectaciones ambientales puntuales. Será necesario hacerle seguimiento a este asunto para analizar como las autoridades ambientales podrán ir aplicando esta opción de suspensión a procesos documentales, frente a los cuales la EAAB podría acogerse eventualmente al beneficio que trae la Ley 2387 de 2024.

8. Inclusión de la confesión entre el auto de inicio y el de formulación de cargos.

Con la modificación al procedimiento sancionatorio ambiental de la Ley 2387 de 2024, si un infractor confiesa antes de que comience el proceso sancionatorio, podrá beneficiarse de una reducción del 30% en el monto de la multa. Si la confesión ocurre antes de la formulación del auto de cargos, la reducción será del 15%. Esta medida tiene como objetivo incentivar la cooperación durante el proceso sancionatorio, proporcionando be-

neficios adicionales a quienes admiten su infracción en distintas fases del procedimiento. Esta modificación supone un avance importante respecto a la normativa anterior, que únicamente contemplaba una reducción del monto de la multa para confesiones previas al inicio del proceso sancionatorio.

La posibilidad de obtener una reducción significativa en la multa puede promover una mayor cooperación y transparencia por parte de los infractores, lo que puede acelerar el proceso sancionatorio y facilitar la resolución de los casos. De igual forma, lo anterior implica que necesariamente se deberá ajustar la Resolución No. 2086 de 2010 con el objeto de incorporar los porcentajes de reducción de multas.

Así, este incentivo tiene como objetivo motivar al presunto infractor a colaborar en el esclarecimiento de los hechos ambientales, promoviendo así la eficiencia y eficacia administrativa y evitando el desgaste innecesario para las autoridades ambientales. Sin perjuicio de ello, será necesario revisar en cada caso en concreto los efectos legales de realizar las confesiones de cara a los efectos colaterales que podría tener en materia penal de cara a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 1333 de 2009 que ordena a las autoridades ambientales compulsar copias de la Fiscalía General de la Nación.

El efecto práctico de esta novedad radica en la posibilidad que podría tener la EAAB en determinados casos en los que eventualmente se haya podido haber configurado una infracción ambiental, para buscar el menor impactos económico posible para la empresa en la medida en que se realice la confesión bien sea previa al inicio del sancionatorio, o antes de la formulación de cargos correspondiente.

9. Reincidencia – Agravantes de la conducta.

El legislador determinó en el artículo 12 de la Ley 2387 de 2024, la causal de agravación de reincidencia aplicará aun cuando las empresas hagan parte de estructuras societarias o contractuales, incluidos los consorcios o uniones temporales, para lo cual, la autoridad deberá individualizar la sanción al reincidente aplicando la circunstancia de agravación.

Por lo tanto, las empresas reincidentes no podrán eludir el agravante de reincidencia alegando su participación en diferentes estructuras sociales o contractuales. Esta disposición podría inducir a las empresas a revisar previamente su historial en el Registro Único de Infractores Ambientales (RUIA) antes de constituir nuevas estructuras societarias o contractuales, con el fin de evitar la aplicación de sanciones agravadas. Si bien la responsabilidad ambiental en Colombia se rige bajo el régimen de responsabilidad subjetiva, y bajo el hecho de que el mismo se mantiene vigente, esta inclusión de la reincidencia si implica una

mayor debida diligencia por parte de la EAAB al momento de realizar las contrataciones de quienes ejecutan las obras a nombre, cuenta y cargo de la EAAB, ya que esto denota el comportamiento previo de sus contrapartes, con lo cual puede tener en consideración al momento de calificar o no para procesos de contratación basado en el pasado asociado al cumplimiento legal ambiental.

10. Nueva causal de cesación del procedimiento.

Como una nueva causal de cesación del procedimiento la Ley 2387 de 2024 incluyó la liquidación de la persona jurídica, como causal de terminación anticipada del proceso. Este nuevo marco permite que un procedimiento sancionatorio cese cuando la entidad infractora es liquidada, independientemente del estado del proceso en curso. Esta disposición presenta varios riesgos que podrían facilitar la evasión de responsabilidades ambientales por parte de las empresas.

Esta posibilidad permite a las empresas evitar la imposición de sanciones y la reparación de daños ambientales al liquidarse antes de que se complete el proceso. Este mecanismo puede ser utilizado por las empresas para eludir sus responsabilidades ambientales, liquidando la sociedad una vez que se detecta una infracción significativa cuando quiera que se encuentren en un proceso en curso.

La cesación del procedimiento puede socavar la eficacia del sistema sancionatorio ambiental. Al permitir que las empresas se liberen de responsabilidades mediante la liquidación, se disminuye el poder disuasorio de las sanciones y se debilita el cumplimiento de las normativas ambientales. La posibilidad de “impunidad corporativa ambiental” afecta la capacidad de las autoridades para imponer sanciones efectivas y garantizar el cumplimiento de las leyes ambientales, comprometiendo así la protección y conservación del medio ambiente.

11. Notificación previa – Procesos de disolución, fusión, escisión, reorganización, reestructuración, liquidación o insolvencia.

Por medio del artículo 15 de la Ley 2387 de 2024, las sociedades incursas en un proceso sancionatorio ambiental que incurran en una causal de disolución o que prevean iniciar un proceso disolución, fusión, escisión, reorganización, restructuración, liquidación o insolvencia, el representante legal o el liquidador deberá notificar de inmediato a la autoridad ambiental y establecer garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del procedimiento sancionador. Esta disposición busca asegurar que los intereses ambientales permanezcan protegidos incluso durante procesos de

reestructuración empresarial, evitando que las responsabilidades ambientales queden desatendidas.

La inclusión de la norma no sólo implica afectaciones en procesos transaccionales, sino que además no es claro qué tipo de garantía debe constituirse (Ej, pólizas, garantías bancarias, garantías mobiliarias, prendas, hipotecas, CDTs, bonos del Estado, etc.), el valor de la misma ni su alcance, todo lo cual podría llevar a que se generen discusiones con la autoridad ambiental quien de alguna manera tendrá que "prejuzgar" para efectos de determinar el valor asegurado correspondiente. Así mismo, se incluye la obligación de realizar las reservas en los estados financieros correspondientes, esto tendría que incluir el valor de la potencial sanción, como del valor económico que tendría las medidas de corrección y/o de compensación correspondientes.

12. Notificación de la formulación de cargos a través de notificación personal o por aviso.

El proceso de notificación de la formulación de cargos ha sido modificado, eliminando la utilización de la notificación por edictos y simplificándolo a la notificación personal y/o por aviso. Lo anterior, en garantía de los derechos de los presuntos infractores estando en línea con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

Además, la Ley 2387 de 2024 establece la obligación de que el pliego de cargos indique explícitamente cualquier riesgo o afectación ambiental y detalle los tipos de agravantes. Lo anterior, es importante porque el investigado en el marco del derecho de audiencia, de defensa, debido proceso y de contradicción podrá defenderse tanto de los cargos de auto de formulación de cargos, como de los agravantes de responsabilidad.

De esa forma, la introducción de la notificación de la formulación de cargos garantiza los postulados constitucionales al derecho de audiencia, de defensa, debido proceso y de contradicción. Ahora bien, en el marco del trámite en el Congreso de la República en algún momento del curso legislativo, se incluyó la obligación de tipificación de la conducta a título de culpa o dolo, lo cual, finalmente fue eliminado del texto final aprobado, sin embargo, en el marco de la garantía de los administrados la autoridad ambiental deberá adecuar la tipificación según el alcance de la investigación.

En términos prácticos, el momento más importante de un proceso sancionatorio ambiental es la formulación de cargos ya que es el momento en el que se realiza la acusación formal al investigado, por lo cual, esta debe ser lo más detallada posible, lo cual incluye como mínimo (i) identificación del investigado, (ii) normas violadas, (iii) precisión



Foto: Archivo EAAB-ESP.

de si el cargo es por incumplimiento o por daño ambiental. (iv) condiciones de tiempo, modo y lugar, (v) título de imputación si es a título de culpa o dolo, (vi) agravantes de responsabilidad. De manera que para efectos de la defensa de la EAAB resulta fundamental que los cargos que le puedan ser formulados en el marco de los procesos sancionatorios ambientales sean lo más preciso posible, de forma que se garantice el derecho de audiencia, de defensa, debido proceso y de contradicción, todo esto bajo el principio de legalidad.

13. Aumento de multas pecuniarias.

La Ley 2387 de 2024 introduce una intensificación significativa en la responsabilidad ambiental y un aumento considerable en las multas pecuniarias. Según la nueva normativa, las sanciones podrán alcanzar hasta 100.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), lo que representa un incremento notable de 95.000 SMMLV respecto al límite anterior de multas diarias 5.000 SMMLV. Este cambio considerable en la normatividad representa una transformación importante en el régimen sancionador ambiental, exigiendo que los presuntos infractores reconsideren y ajusten los montos que tienen provisionados para cubrir posibles multas. La magnitud de este incremento subraya la necesidad de una mayor planificación financiera y cumplimiento riguroso para evitar sanciones severas en el ámbito ambiental.

Este aumento significativo en las multas pecuniarias fomenta que, los presuntos infractores consideren el uso de las figuras introducidas con la modificación de la Ley 2387 de 2024, como la confesión y la solicitud de suspensión del procedimiento para corregir y/o compensar la afectación o daño ambiental. Además, esta medida podría enriquecer el sistema de destinación específica de los recursos recaudados para acciones de remediación y restauración en campo. De esta manera, se promovería una reparación efectiva y una mayor conservación de los recursos naturales, asegurando que las multas no solo funcionen como un castigo, sino también como un incentivo para mejorar la gestión ambiental y contribuir positivamente al entorno.

Adicionalmente, también será necesario ajustar la Resolución 2086 de 2010 con la metodología y la temporalidad de la misma (entre otros factores de la metodología), dado que la temporalidad se cuenta hasta los primeros 365 días y, por lo tanto, con el cálculo actual ninguna sanción alcanzaría los valores previstos como sanción en la nueva normativa.

Vale la pena señalar que, bajo el principio de legalidad, las nuevas multas sólo le deberían aplicar a las infracciones ambientales que se hayan causado a partir de la expedición

y publicación de la Ley 2387 de 2024, ya que no podrían aplicarse retroactivamente a procesos en curso o a procesos por hechos ocurridos antes de la Ley 2387 de 2024. Así las cosas, en los procesos sancionatorios en curso en los que se investiga a la EAAB, se debe garantizar a no aplicación retroactiva de las máximas sanciones, pues bajo el principio de legalidad no podría aplicarse una situación más gravosa a una conducta que hubiere podido haber tenido lugar con anterioridad a la expedición de la Ley 2387 de 2024.

14. Inclusión de nueva sanción.

Con la promulgación de la Ley 2387 de 2024, se ha eliminado el trabajo comunitario como una opción de sanción y se ha reincorporado la amonestación por escrito como una sanción, el cual era una medida preventiva que, en su momento bajo la Ley 99 de 1993 era igualmente una sanción. Esta modificación en la legislación actual refleja un cambio en el enfoque del sistema sancionador ambiental, priorizando nuevas formas de sanción y revisión de medidas previamente establecidas. La amonestación por escrito podrá venir acompañada de servicio comunitario para lo cual el MADS deberá reglamentar la materia.

15. Limitación temporal del proceso sancionatorio ambiental.

La Ley 2387 de 2024, que modifica la Ley 1333 de 2009, establece que el tiempo máximo para que la autoridad ambiental decida sobre un proceso sancionatorio será de cinco (5) años, con la posibilidad de prórroga por otros cinco (5) años en casos de alta complejidad. Esta disposición busca limitar la duración de los procesos sancionatorios y evitar que se prolonguen indefinidamente.

Además, la ley introduce la creación de un plan de descongestión para los procesos que han estado en curso durante más de quince (15) años al momento de que se cumpla un año de la expedición de la Ley 2387 de 2024. El objetivo de este plan es resolver estos casos antiguos en un plazo máximo de tres (3) años, promoviendo así una resolución más eficiente y oportuna de los procesos sancionatorios ambientales prolongados.

De este modo, durante el plazo de tres (3) años establecido para la resolución de los procesos sancionatorios ambientales que han durado más de quince (15) años, las autoridades ambientales deberán asignar los recursos necesarios para garantizar la conclusión de estos casos pendientes. De igual forma, las autoridades ambientales deberán establecer lineamientos de resolución de procesos sancionatorios ambientales en un tiempo de cinco (5) años, puesto que únicamente serán prorrogables si la autoridad justifica el caso de alta complejidad. Este enfoque busca asegurar una gestión eficiente y efectiva de los procesos, minimizando retrasos y promoviendo la justicia ambiental.

Infortunadamente, la norma no estableció que ocurrirá en aquellos casos en que los procesos lleven menos de quince (15) años, pero más de cinco (5) años desde su inicio. Estos procesos deberán entonces aplicar los tres (3) años del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 en el marco de las reglas de aplicación normativa de la Ley 153 de 1887.

Finalmente, debe señalarse que el hecho de que la Ley 2387 de 2024 haya tenido que entrar a regular el plazo para adelantar el proceso sancionatorio ambiental bajo la Ley 1333 de 2009 ratifica que, el artículo 10 de la Ley 1333 de 2009 sólo regulaba el plazo para iniciar el sancionatorio y no para terminarlo, por lo cual, debía aplicarse el citado artículo 52 de la Ley 1437 de 2011. En dicho sentido, el efecto práctico de estos cambios normativos frente a la EAAB corresponde al hecho de que su aplicación debe considerar lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, por lo cual, en los procesos en curso con menos de 15 años (al 25 de julio de 2025), le aplicará la Ley 1437 de 2011 o en su defecto la Ley 2387 de 2024 pero basado en las reglas del artículo 41 de la Ley 153 de 1887. Así las cosas, la aplicación del término de la caducidad de la acción debe seguirse a la decisión de quien lo alega, entendiendo que los 5 años son a partir de la Ley 2387 de 2024, y que por lo tanto, la expedición de la Ley 2387 de 2024 lo que hace es ratificar y confirmar que la Ley 1333 de 2009 no regulaba la materia, por lo cual los procesos en curso como los fallados anteriormente debían haberse resuelto en 3 años conforme a lo establecido en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

16. Modificación de las medidas preventivas.

Como se mencionó anteriormente, la modificación de las sanciones incluyendo la amonestación escrita como una de ellas, por lo tanto, con esta se eliminó las medidas preventivas. Por otro lado, se incluyó una nueva medida preventiva relativa a la elaboración de estudios ambientales y sobre la misma la autoridad ambiental tendrá la competencia de establecer los términos y condiciones para imponer dicha medida.

La implementación de la medida preventiva de elaboración de estudios ambientales impone retos significativos tanto en términos técnicos como presupuestarios para los presuntos infractores. En Colombia, la oferta de instituciones especializadas en la determinación de daños ambientales es limitada, y los costos asociados a estos estudios pueden ser elevados. Aunque el objetivo del legislador es asegurar un medio ambiente sano y la conservación de los recursos naturales, esta medida podría resultar excesivamente onerosa para los presuntos infractores. La falta de opciones accesibles y la carga económica significativa podrían generar dificultades para cumplir con los requisitos establecidos, poniendo en cuestión la viabilidad de la medida y su impacto en la equidad del proceso sancionatorio ambiental.

En cualquier caso, estas decisiones deberán estar basadas en principios de proporcionalidad y gradualidad, por lo cual, de ser el caso, la EAAB podrá controvertir la proporcionalidad y gradualidad frente a determinados estudios que puedan buscar ser impuestos por las autoridades a título de medida preventiva.

17. Inclusión de la participación del tercero interviniente en el marco del procedimiento sancionatorio ambiental.

Si bien con la expedición del artículo 69 de la Ley 99 de 1993, el tercero interviniente podría ser una figura procesal en el marco del procedimiento sancionatorio ambiental, con la Ley 2387 de 2024 se hace la disposición expresa de su inclusión en el marco del sancionatorio y, de igual forma, se establecen las reglas que regirán su intervención.

Bibliografía

Alba, A & Rodríguez, S. (2009) Seguro ambiental: Seguro ambiental: situación actual e inconvenientes situación actual e inconvenientes en su implementación* en su implementación. Grupo de investigación *"Temas ambientales y desarrollo sostenible" del Departamento de Sociología y Política Jurídica de la Pontificia Universidad Javeriana.*

Almaster (2024) Texto concordado entre la Ley 1333 de 2009 y la Ley 2387 de 2024. https://www.dropbox.com/scl/fi/upwya3fszrprrgivkxcfr/Ley-1333-de-2009-Concordado-con-la-Ley-2387-de 2024.pdf?rlkey=goaqmyxmh0n51fsssvlyhg8we&st=26uexi3e&dl=0

Congreso de la República. (2024). Gaceta No. 749 ponencia propuesta para segundo debate en el Senado de la República.

Congreso de la República. (2024). Ponencia propuesta para primer debate en Cámara de Representantes.

Corte Constitucional, 2010 (Sentencia C-595 de 2010). Sala Plena. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

Del Valle Mora, Eduardo José- *"Tasación de Multas Ambientales".* En: Libro Jornadas Internacionales de Derecho Ambiental. Universidad Externado de Colombia, 2021

Del Valle Mora, Eduardo José. *"Daños Ambiental Puro y Daño Consecutivo".* En: Libro Jornadas Internacionales de Derecho Ambiental. Universidad Externado de Colombia, 2022

Del Valle Mora, Eduardo José. *"La caducidad de la acción sancionatoria administrativa ambiental, particular énfasis en el caso de las ocupaciones de cauce".* Universidad Externado de Colombia, 2019

Del Valle Mora, Eduardo José. *"La causa criminal no prejuzga la causa administrativa o viceversa"* En: Libro Jornadas Internacionales de Derecho Ambiental. Universidad Externado de Colombia, 2022

Del Valle Mora, Eduardo José. "Oportunidades de Mejora del Proceso Sancionatorio Ambientales ". En: Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo XVIII. Universidad Externado de Colombia, 2018.

Fajardo D. (2024) *"El "articulito"* de la Ley 2387 de 2024: Una bomba de Tiempo para las Fusiones, Adquisiciones y Reorganizaciones en Colombia." Lexir. https://lexir.co/2024/08/19/el-articulito-de-la-ley-2387-de-2024-una-bomba-de-tiempo-para-las-fusiones-adquisiciones-y-reorganizaciones-en-colombia/#:~:text=En%20resumen%2C%20el%20articulito%20de,s%C3%AD%20son%20complejos%20y%20costosos.

Hurtado, J. (2024) *"Novedades en el proceso sancionatorio ambiental: Ley 2387 del 2024".* Ámbito jurídico. https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/ambiental-y-agropecuario/novedades-en-el-proceso-sancionatorio-ambiental-ley-2387

Ley 2387 de 2024 *"Por medio del cual se modifica el procedimiento sancionatorio ambiental, ley 1333 de 2009, con el propósito de otorgar herramientas efectivas para prevenir y sancionar a los infractores y se dictan otras disposiciones".*

IMPORTANCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Elaborado por:
Simón Rodríguez Serna
Jefe de la Oficina Asesora de Representación Judicial y Actuación Administrativa.

Introducción

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP (en adelante EAAB ESP) es una empresa de servicios públicos oficial, adscrita al Distrito Capital, en el sector de Hábitat, a la que le resulta aplicable el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. Todo lo anterior conforme al parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994. Esa naturaleza y régimen jurídico implica que la EAAB ESP es una entidad pública por pertenecer a la estructura del Estado, de conformidad con el denominado criterio orgánico.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior y que de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 *"Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"* las personas que prestan su servicios en Empresas Industriales y Comerciales del Estado tienen la condición de trabajadores oficiales y aquellos que desarrollan funciones de dirección o confianza la de empleados públicos. La referida disposición fue reproducida en el artículo 125 del Régimen Legal de Bogotá (Decreto Ley 1421 de 1991). Unos y otros, conforme al artículo 123 de la Constitución Política son servidores públicos.

En consecuencia, tenemos que la EAAB ESP es una entidad pública, y sus trabajadores, cualquiera que sea el nivel o la función que desempeñen tienen la condición de servidores oficiales. Lo anterior, implica que la Entidad se encuentra vinculada por las disposiciones del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución y la Ley 678 de 2001 que lo desarrolló, en lo relacionado con la acción de repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición.

Con fundamento en lo anterior, se considera pertinente cuestionarse respecto de la naturaleza, finalidad y forma de operación de la figura del llamamiento en garantía con fines de repetición en la EAAB ESP, para lo cual se analizarán los antecedentes legislativos, jurisprudencias y las normas internas que se han ocupado de la materia.



Foto: Jaíme Vargas Salcedo - Oficina de Asesoría Legal.

1. Referentes constitucionales, legales y reglamentarios

El artículo 90 de la Constitución Política establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijuridicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, con lo cual se creó el concepto de daño antijuridico. El Consejo de Estado ha entendido que el daño antijuridico es la lesión a un derecho, bien jurídico o interés legítimo que no se está en la obligación de soportar.[1]

El mismo artículo estableció lo siguiente respecto de la conducta de los agentes estatales que hayan dado lugar a dichos daños:

> *"En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este".*

En desarrollo de dicha disposición constitucional, el Congreso de la Republica expidió la Ley 678 de 2001 *"por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición".*

El artículo 2 del referido cuerpo normativo estableció la naturaleza de la acción de repetición y sus elementos esenciales, en los siguientes términos:

> *"La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.*
>
> *No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.*

1 Capitulo X y artículo 84 de la Ley 489 de 1998 y Artículo 54 Decreto Ley 1421.

PARÁGRAFO 1º. Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto, estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.

PARÁGRAFO 2º. Esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa.

PARÁGRAFO 3º. La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

PARÁGRAFO 4º. En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario." (Subrayas fuera del texto)

El artículo 4 de la Ley 678 de 2001, determinó la obligación de las entidades públicas de ejercer la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 4º. Obligatoriedad. Es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria.

El comité de conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta."

En el capítulo III de la Ley 678 de 2001, se crea y regula la figura del llamamiento en garantía con fines de repetición. En el artículo 19 del referido cuerpo normativo, se indicaba lo siguiente:

"Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.

PARÁGRAFO.

La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor." (Subrayas fuera del texto)

La disposición transcrita fue modificada por el artículo 44 de la Ley 2195 de 2022 "Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones.", quedando con la siguiente redacción:



Foto: Archivo EAAB-ESP.

"ARTÍCULO 19. Llamamiento en garantía. Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente identificado como aquel que desplegó la acción u omisión causa del daño respecto del cual se reclama la responsabilidad del Estado, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.

PARÁGRAFO. En los casos en que se haga llamamiento en garantía, este se llevará en cuaderno separado y paralelamente al proceso de responsabilidad del Estado."

Conforme a lo anterior, la modificación normativa implicó la eliminación del requisito para llamar en garantía con fines de repetición, consistente en la existencia de prueba sumaria de la culpa grave o dolo del agente del Estado. Igualmente eliminó la prohibición de ejercer el llamamiento en garantía con fines de repetición cuando la Entidad hubiere propuesto las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

El Decreto 1716 de 2009 *"Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001."*, reglamentó la Ley 640 de 2001, en particular en lo que tiene que ver con la figura del llamamiento en garantía con fines de repetición. Así, el artículo 27 del referido decreto indicó:

"Artículo 27. Llamamiento en garantía con fines de repetición. Los apoderados de los entes públicos deberán presentar informe al Comité de Conciliación para que este pueda determinar la procedencia del llamamiento en garantía para fines de repetición en los procesos judiciales de responsabilidad patrimonial. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación contenida en el artículo anterior."

Esta disposición fue reproducida en el artículo 126 de la Ley 2220 de 2022 "Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones" en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 126. Llamamiento en garantía con fines de repetición. Los apoderados de los entes públicos deberán presentar informe al Comité de Conciliación para que este pueda determinar la procedencia del llamamiento en garantía para fines de repetición en los procesos judiciales de responsabilidad patrimonial. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación contenida en el artículo anterior." (Se subraya)

En el mismo compendio normativo se determinó como función del Comité de Conciliación, la siguiente:

> *"ARTÍCULO 120. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:*
> *(...)*
> *8. Determinar la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición."*

En el mismo sentido el Acuerdo del Comité de Conciliación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP No. 03 del 15 de junio de 2022, *"Por el cual se adopta el reglamento del Comité de Conciliación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP",* estableció como una de sus funciones la siguiente:

> *"ARTÍCULO 7º FUNCIONES DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN. El Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la EAAB – ESP ejercerá las siguientes funciones:*
> *(...)*
> *7. Determinar la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición."*

El referido reglamento reprodujo igualmente la obligación de los apoderados establecida en el Decreto 1716 de 2009 y la Ley 2220 de 2022, conforme a la cual deberán presentar un informe al Comité de Conciliación para que este pueda determinar la procedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición, en los procesos de responsabilidad patrimonial.

Resulta evidente entonces, que dentro de los elementos esenciales del llamamiento en garantía con fines de repetición se encuentran: (i) existir una reclamación de contenido patrimonial, que en materia de lo contencioso administrativo se reduce a los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, controversias contractuales y reparación directa, pero que dada la naturaleza de la empresa puede incluir otro tipo de acciones civiles, laborales o colectivas; (ii) que la reclamación que pretende el demandado esté fundamentada en la generación de un daño antijurídico; (iii) que el daño haya sido causado por un agente público, entendiendo por tal un servidor público o un particular en ejercicio de funciones públicas, figura esta última en la que se incluyen el contratista, el interventor, el asesor y el consultor; (iv) que la conducta del agente público que causó el daño, pueda ser calificada como dolosa o gravemente culposa.

Para determinar si la conducta de un agente público es dolosa o gravemente culposa, sin que pueda limitarse el análisis a esos supuestos, deberá acudirse a las presunciones establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, ambos modificados por el artículo 39 de la Ley 2195 de 2022, según las cuales:

> *"ARTÍCULO 5º. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.*
>
> *Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:*
>
> *1. Que el acto administrativo haya sido declarado nulo por desviación de poder, indebida motivación, o falta de motivación, y por falsa motivación.*
>
> *2. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
>
> *3. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia contrario a derecho en un proceso judicial.*
>
> *4. Obrar con desviación de poder*
>
> *ARTÍCULO 6º. Culpa grave. Se presumirá que la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la Ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones." (Subrayas fuera del texto)*

Ahora bien, en cumplimiento de los deberes referidos anteriormente, el Comité de Conciliación de la EAAB expidió la Resolución 02 de 2024 *"Por medio de la cual se adoptan directrices institucionales en relación con el análisis y decisión respecto de la procedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición",* conforme a la cual consideró no resulta procedente ejercer el llamamiento en garantía con fines de repetición en los casos que no se pueda determinar por lo menos a título de inferencia o probabilidad, la existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, lo cual ocurrirá en principio, en los siguientes casos:

- Que los hechos que motivan la reclamación hayan dado lugar a una imputación de cargos en contra del agente.
- Que los hechos que motivan la reclamación hayan dado lugar a que se profiera pliego de cargos disciplinario.

- Que el acto administrativo de que se trate haya sido suspendido provisionalmente por autoridad judicial.
- Que el proceso haya sido calificado como probable de riesgo de pérdida por el apoderado asignado.

En esos eventos y en los demás que sea solicitado expresamente por algún miembro del Comité de Conciliación, el caso será analizado individualmente en sesión de dicho cuerpo colegiado, donde se determinará si el llamamiento en garantía es o no procedente.

2. Referentes jurisprudenciales

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias oportunidades respecto a la figura del llamamiento en garantía con fines de repetición. En la sentencia C-484 de 2002, la alta corporación indicó:

"(...)
4.2. Conforme a la naturaleza misma de las cosas, el Estado para su actuación requiere de personas naturales, que a él se vinculan en la forma prevista por el legislador para que desempeñen las funciones establecidas en la Carta Política, en la ley o en el reglamento respectivo, bajo el principio rector de que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, como se establece expresamente por el artículo 123 de la Carta Política.

Siendo ello así, si por su propia decisión el servidor público opta por actuar en forma abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, con la intención positiva de inferir daño a la persona o a la propiedad de alguien, o en atropello y desconocimiento deliberado de sus derechos fundamentales, o incurre en un error de conducta en que no habría incurrido otra persona en el ejercicio de ese cargo, resulta evidente que no desempeña sus funciones de conformidad con la Carta, y en cambio, sí lo hace contrariándola, o quebrantando la ley o el reglamento y en todo caso en perjuicio de los intereses de la comunidad o de sus asociados, y no al servicio sino en perjuicio del Estado.
(...)
4.3. Conforme a lo expuesto, no admite discusión alguna que si al Estado se le impone judicialmente condena porque se le declara patrimonialmente responsable de un daño antijurídico respecto de la víctima, esa sentencia es de obligatorio cumplimiento.

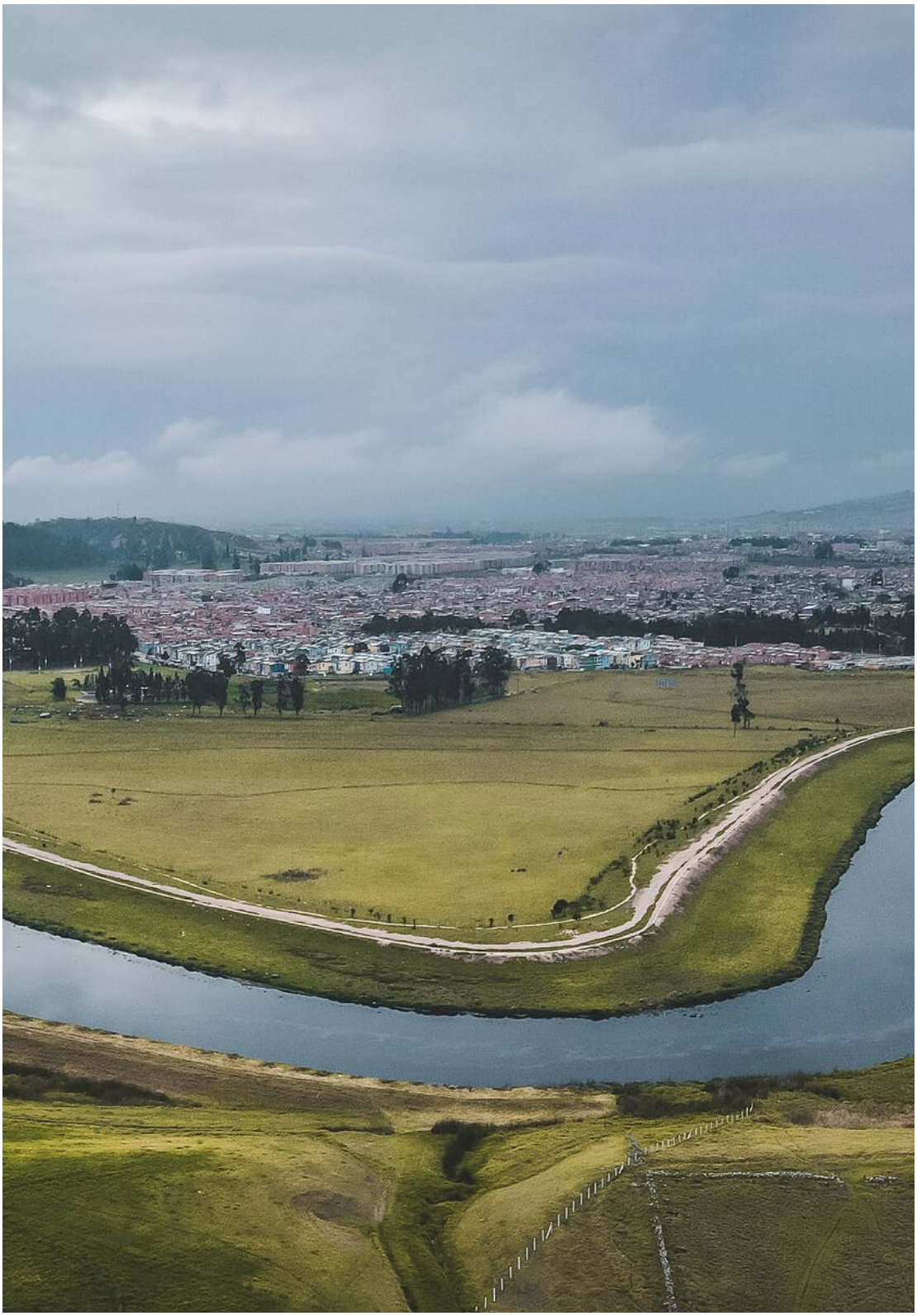


Foto: Archivo EAAB-ESP.

En ese orden de ideas, realizado el pago si la condena le fue impuesta al Estado como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus servidores, el artículo 90 superior le impone el deber de iniciar una acción de repetición para obtener el reembolso de lo pagado.

En la hipótesis acabada de mencionar, existirían pues dos procesos: el primero, instaurado por la víctima del daño antijurídico contra el Estado; el segundo, luego de la sentencia condenatoria contra éste, incoado por el Estado contra el servidor público que actuó con dolo o culpa grave. En tales procesos son distintos los sujetos y diferente la posición del Estado, que en el primero actúa como demandado y en el segundo como demandante. Son también distintas las pretensiones, pues en el primero el actor persigue que se deduzca judicialmente una declaración de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, al paso que en el segundo lo pretendido es el reembolso de lo que hubiere sido pagado como consecuencia de la sentencia condenatoria del primer proceso, cuando el servidor público con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a ello.

4.4. En los procesos independientes a que se ha hecho mención, no habría entonces intervención de terceros. Con todo, habrá de averiguarse si conforme a la Constitución y en aplicación del principio de economía procesal puede el legislador establecer unas reglas de procedimiento para que en el mismo proceso en que se pretenda deducir la responsabilidad patrimonial del Estado, pueda, simultáneamente decidirse sobre la pretensión de éste para que el servidor público respecto de quien hubiere fundamento para considerar que procedió con dolo o culpa grave en la actuación que dio origen a la responsabilidad patrimonial que del Estado se reclama, reembolse lo que hubiere sido pagado a la víctima, con ocasión del daño sufrido.

4.5. Nada se opone en la Constitución Política a que ello sea así. En efecto, si bien se trata de dos pretensiones diferentes, la primera frente al Estado y la segunda, de éste frente al servidor público que se encuentre en las circunstancias especiales ya anotadas (dolo o culpa grave), para que reembolse a aquel lo que fuere condenado a pagar, es claro que luego de trabada la relación jurídico-procesal entre la víctima demandante y el Estado demandado que tienen la calidad de partes originarias del proceso, puede el Estado impetrar que se vincule al servidor público que hasta ese momento es un tercero ajeno al proceso, para que en adelante tenga la calidad de tercero interviniente y, en consecuencia, se haga parte forzosa desde entonces, llamándolo en garantía, para que en una misma sentencia se decida si el Estado es responsable patrimonialmente y si el servidor público obró o no con culpa grave o dolo para imponerle entonces la obligación de reembolsar lo pagado por el Estado al

demandante inicial. Nótese que al Estado le asiste un derecho de carácter constitucional a ejercer en ese caso la acción de repetición y, por ello, nada de extraño tiene que la ley ponga a su disposición un instrumento de carácter procesal para el efecto.

Desde luego, que ese llamamiento en garantía es un medio para cumplir el deber del Estado de dirigir la acción de repetición contra el servidor público que al parecer obró con dolo o culpa grave y con su conducta dio origen a que aquel fuera demandado con una pretensión de responsabilidad patrimonial.

Que en la misma sentencia en que se decida si el Estado ha de ser condenado o no al pago por haber incurrido en una responsabilidad de orden patrimonial respecto a la víctima y que, en ella, también se decida sobre la existencia de dolo o culpa grave del servidor público para imponerle o no la obligación de reembolsar lo pagado por el primero, no son excluyentes entre sí; y si los hechos que se debaten tienen o pueden tener conexidad y han de servirse de algunas pruebas comunes, que en lugar de tramitar dos procesos se puedan deducir ambas pretensiones en uno sólo para el evento de que el Estado fuere condenado y si existiere dolo o culpa grave, no vulnera en nada la Constitución Política.

Ha de observarse adicionalmente, que la vinculación del servidor público como tercero interviniente y su citación que lo vincula a lo que en el futuro se resuelva, lejos de lesionar su derecho de defensa lo garantiza a plenitud para que no sea sorprendido con la existencia de una sentencia condenatoria contra el Estado, si no para que, desde el principio pueda combatir esa pretensión, explicar su conducta oficial, solicitar las pruebas que considere pertinentes para demostrar la legitimidad y legalidad de su actuación como servidor público, controvertir las pruebas de cargo, alegar en forma oportuna, ejercer el derecho de impugnar las providencias desfavorables, todo lo cual no sólo redunda en su propio beneficio como servidor público que eventualmente podría ser demandado luego si se tratara de dos procesos diferentes, sino, como salta a la vista, también en beneficio del propio Estado.
(...)
11.2. Con todo, el legislador no puede, de ninguna manera y en ningún caso hacer nugatorio el debido proceso para el llamado en garantía, pues, como es apenas obvio a él le asiste el derecho de conocer de manera oportuna no sólo que se le llama al proceso, sino los hechos en virtud de los cuales se pretende su vinculación al mismo, los fundamentos de derecho que se invoquen, las pruebas en que se apoya el llamamiento y, además, ha de tener ampliamente garantizado su derecho de contradicción para contestar cuando corresponda, pedir pruebas, intervenir en la práctica de las que se decreten, alegar, impugnar providencias si es del caso, y, en general

ejercer los derechos que le corresponden como parte interviniente en ese proceso en el que antes del llamamiento era un tercero no interviniente.

11.3. Ello explica de manera suficiente la razón por la cual el llamamiento en garantía, en el derecho universal, se realiza y establece en la etapa de la litis contestatio del proceso y antes del inicio de la etapa probatoria.

11.4. Por eso, en el Derecho Contencioso Administrativo Colombiano, el artículo 217 del C.C.A. exige que el llamamiento en garantía se efectúe "en el término de fijación en lista", es decir, antes de que el proceso respectivo se abra a pruebas.

Idéntica solución ha de darse en este caso, pues si al servidor público se le llama en garantía para ejercer la acción de repetición en los procesos incoados contra el Estado con la pretensión de que se declare su responsabilidad patrimonial y se ordene el pago respectivo, se vulneraría en forma grave el derecho de defensa de ese servidor público si se le vinculara al proceso luego de la iniciación de la etapa probatoria, considerando que puede llamársele "hasta antes de finalizar el período probatorio", pues bien podría ocurrir que estando ya en curso la actividad probatoria del proceso se produjera su vinculación, caso este en el cual se le habría cercenado no sólo la oportunidad de pedir pruebas en forma oportuna, sino también la de participar en la práctica de las pedidas por el demandante inicial y por el Estado demandado, con lo que la vulneración del Derecho de defensa sería ostensible.

Así las cosas, el artículo 20 de la Ley 678 de 2001, en cuanto dispone que la entidad pública demandada o el Ministerio Público "podrán realizar el llamamiento hasta antes de finalizar el período probatorio", habrá de declararse inexequible, con lo cual, la ley interpretada en su conjunto con el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo seguirá siendo aplicada." (Subrayas fuera del texto)

En relación con la procedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición, el Consejo de Estado en sentencia de 4 de septiembre de 2023, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, con ponencia de María Adriana Marín y Radicado 63337, consideró:

"(...)
Sobre el particular, se debe destacar que la Sala, en jurisprudencia reiterada, ha evidenciado tres posibles eventos en los cuales la parte demandante puede imputarle una conducta dolosa o gravemente culposa al agente estatal, con la finalidad de comprometer su responsabilidad patrimonial:

i) El primer evento, y el más común, se presenta cuando, en el libelo, el Estado estructura la responsabilidad del demandado en uno de los supuestos consagrados en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, en los cuales se presume el dolo y la culpa grave que le es imputable al agente público en nexo con el servicio, en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Es decir, el Estado en el escrito inicial señala que se presentó el dolo o la culpa grave del agente y enmarca su conducta en uno o varios de los supuestos que consagra el cuerpo normativo en mención.

ii) Aunque en la demanda no se identifica expresamente uno de los supuestos que hace presumir el dolo o la culpa grave del demandado, los argumentos esbozados por el extremo activo de la litis son suficientes para que el juez pueda enmarcar su motivación en uno de tales supuestos. Así, el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá razonar con suficiencia los móviles y fundamentos en los que se basa la presunción que alega, para que el juez pueda encuadrarla en uno de los supuestos de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001.



Foto: Archivo EAAB-ESP.

En otros términos, puede ocurrir que se demande en repetición sin que se invoque de manera particular uno o varios de los eventos en los que se presume el dolo o la culpa grave, pero con la carga de que la parte actora le suministre al juez una argumentación tal que le permita enmarcar la conducta del agente en uno de los supuestos de esa norma.

iii) Por último, pueden presentarse muchos más casos en los cuales, pese a que no se encuentran consagrados en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, dan lugar a que el Estado repita contra el agente, dado que las denominadas presunciones son solo algunas de las hipótesis o eventos de responsabilidad del agente público que pueden invocarse y, por ende, demostrar en las demandas de repetición." (Se subraya)

En consecuencia, de acuerdo con las normas mencionadas en el presente escrito y los extractos jurisprudenciales que han sido transcritos, es posible llegar a las siguientes conclusiones en relación con la procedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición en la EAAB ESP:

Conclusiones

1. El llamamiento en garantía con fines de repetición es una figura procesal establecida en la ley, fundamentada en el principio de economía procesal, con la cual se busca que en los procesos judiciales en los cuales se debata la responsabilidad del Estado por la generación de un daño antijurídico, se determine igualmente la responsabilidad del agente público, en el evento en que haya dado lugar al referido daño por una conducta dolosa o gravemente culposa.

2. Con el ejercicio del llamamiento en garantía con fines de repetición no se busca únicamente restablecer el patrimonio público afectado por una eventual condena derivada de la generación de un daño antijurídico, se pretende, además, que el servidor público pueda ejercer todos sus derechos procesales de defensa y contradicción desde el proceso inicial en el cual se determina la responsabilidad del Estado.

3. La EAAB ESP, como entidad pública tiene la obligación de determinar, en el seno de su Comité de Conciliación, la procedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición, siempre que sea notificada de una demanda en la que se pretenda la condena al pago de una indemnización derivada de un daño antijuri-

dico. Esta obligación se debe cumplir en el término del traslado de la demanda, cuando es posible que el funcionario respecto del cual se ejerce el llamamiento pueda ejercer todos sus derechos procesales de defensa y contradicción.

4. Únicamente se ejerce el llamamiento en garantía con fines de repetición, cuando existen elementos que permitan inferir que la conducta del agente público causante del daño antijurídico, puede ser calificada a título de dolo o culpa grave, en los términos establecidos en la Ley y la Jurisprudencia.

5. Con el fin de facilitar el análisis de la procedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición, el Comité de Conciliación expidió la Resolución 02 de 2024, con la cual determina un procedimiento y unos criterios que permiten identificar, con facilidad, en cuales casos podrían configurarse conductas dolosas o gravemente culposas que requieran un análisis detallado para determinar la procedencia del llamamiento en garantía.

Bibliografía

Constitución Política de Colombia.

Ley 142 de 1994 (11 de julio) *"Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones."* https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2752

Ley 678 de 2001 (3 de agosto) *"Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.",* https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4164

Ley 2195 de 2022 (18 de enero) Por medio del cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=119961

Decreto 3135 de 1968 *"Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales",* https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1567

Decreto 1716 de 2009 *"Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001."*

Sentencia C-484 de 2002. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36199

Resolución 02 de 2024 del Comité de Conciliación de la EAAB ESP *"Por medio de la cual se adoptan directrices institucionales en relación con el análisis y decisión respecto de la procedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición".*

EL AGUA RESIDUAL TRATADA Y LA RECIRCULACIÓN COMO UNA ALTERNATIVA FRENTE AL ESTRÉS HÍDRICO EXISTENTE EN EL DISTRITO DE BOGOTÁ, CUNDINAMARCA Y EN GENERAL COMO UNA ALTERNATIVA EN EL PAÍS

Elaborado por:
Lotero Zuluaga Abogados S.A.S.
Contratista de la Oficina de Asesoría Legal.

Introducción

La experiencia internacional nos ha mostrado que el agua reusada puede ser destinada para consumo humano (o lo que se denomina consumo directo). Una muestra de ello es el caso que se presenta en California, Estados Unidos[2], en donde se ha permitido el uso del agua reusada para consumo humano en escuelas y comercio, a causa de las sequías que han venido agudizando a nivel mundial. Incluso, se ha utilizado este tipo de agua en los procesos de elaboración y comercialización de cerveza[3].

En Colombia, aun cuando esta alternativa de consumo directo es impensable para los tomadores de decisión, se han dado pasos importantes en el consumo indirecto de este tipo de agua para procesos industriales y agrícolas. No obstante, aún falta un mayor desarrollo normativo e incentivos claros que beneficien y atraigan a aquellos que busquen implementar esta alternativa para satisfacer su demanda de agua en sus procesos o, en el mejor de los casos, para consumo directo si el Gobierno Nacional lo considera así.

Problema

¿La Resolución del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) 1256 de 2021 es una reglamentación suficiente para promover la actividad de reúso del agua residual tratada en Colombia?

Antecedentes normativos

El reúso de agua en Colombia es un concepto que ha tomado forma en los últimos años a pesar de mencionarse el término o alguno de sus elementos en otras normas anteriores y que siguen siendo importantes para comprender el régimen del reúso. De acuerdo

2 California aprueba normas para usar agua reciclada para consumo humano - Los Ángeles Times.
3 Craft Beers Are Selling Americans on Drinking Recycled Wastewater - Bloomberg.

con esto, se pueden distinguir dos etapas del régimen: (i) previo a la regulación del reúso y (ii) posterior a la regulación del reúso mediante la Resolución 1207 de 2014 del MADS.

La primera etapa comprende desde la expedición del Código Nacional de Recursos Naturales (Decreto Ley 2811 de 1974) donde se incluyen las primeras referencias normativas a los deberes del Estado respecto del recurso agua y la posibilidad de permitir la utilización de aguas negras en el país. En esta medida, el Código Nacional de Recursos Naturales indicó en su artículo 134 que:

> *Corresponde al Estado garantizar la calidad del agua para consumo humano y, en general, para las demás actividades en que su uso es necesario. Para dichos fines deberá: (...) g) Determinar los casos en los cuales será permitida la utilización de aguas negras y prohibir las condiciones para el uso de estas. (...).*

A pesar de lo anterior, no se produjo una regulación específica sobre la utilización de las aguas negras.

El siguiente hito corresponde a la expedición de la Ley 99 de 1993, la cual establece en su artículo 65 que, es una función de los municipios y distritos: *"ejecutar obras o proyectos de descontaminación de corrientes o depósitos de agua afectados por vertimientos del municipio, así como programas de disposición, eliminación y reciclaje de residuos líquidos y sólidos y control a las emisiones contaminantes del aire"*. (énfasis nuestro).

De manera posterior, se expidió la Ley 373 de 1997, aún vigente, que corresponde a la norma que estableció el programa de uso eficiente y ahorro del agua. Naturalmente, el reúso hace parte esencial de programas de eficiencia y ahorro del recurso, por lo que la norma hace referencia al reúso obligatorio del agua en su artículo 5, en los siguientes términos:

> *Las aguas utilizadas, sean éstas de origen superficial, subterráneo o lluvias, en cualquier actividad que genere afluentes líquidos, deberán ser reutilizadas en actividades primarias y secundarias cuando el proceso técnico y económico así lo ameriten y aconsejen según el análisis socioeconómico y las normas de calidad ambiental. El Ministerio del Medio Ambiente y el Ministerio de Desarrollo Económico reglamentarán en un plazo máximo de (6) seis meses, contados a partir de la vigencia de la presente ley, los casos y los tipos de proyectos en los que se deberá reutilizar el agua.*

Seguidamente, en el año 2002 se expidió el CONPES 3177 correspondiente a las *"Acciones prioritarias y lineamientos para la formulación del Plan Nacional de manejo de aguas residuales"*. En este documento se estableció el reúso como un criterio de priori-



Foto: Archivo EAAB-ESP.

zación de municipios para el Plan Nacional de Manejo de Aguas Residuales – PMAR y en la sección de revisión, actualización y desarrollo normativo se encargó al Ministerio de Medio Ambiente y al Ministerio de Salud *"proponer un proyecto reglamentario de la Ley 99 de 1993 sobre el reúso de aguas residuales para los casos en los cuales el usuario considere este tipo de alternativa de manejo".*

Tiempo después, el Decreto 3930 de 2010 incorporó una definición de reúso del agua como se muestra a continuación:

> *(...) utilización de los efluentes líquidos previo cumplimiento del criterio de calidad"*[4]*. Este decreto hace uso del concepto para efectos del Plan de Reconversión a Tecnologías Limpias en Gestión de Vertimientos, indicando que uno de los objetivos de este es la reutilización de subproductos o materias primas y que, como contenido mínimo del plan, debe incluirse una "descripción técnica de los procesos de optimización, recirculación y reúso del agua, así como de las cantidades de los subproductos o materias primas reciclados o reutilizados, por unidad de producción*[5]*.(...)*

Hasta este punto, si bien se mencionó el reúso, se echaba de menos una regulación específica que sirviera para hacer de esta alternativa operativa. En conclusión, el mayor inconveniente para la implementación del reúso fue la falta de normas específicas de las autoridades competentes, a pesar de contar con las potestades suficientes para tal efecto desde la definición del Sistema Nacional Ambiental – SINA en la Ley 99 de 1993, el mandato legal de la Ley 373 de 1997 y la política contenida en el CONPES 3177 de 2002, entre otros.

El hito clave en el reúso corresponde a la expedición de la Resolución 1207 de 2014 del MADS, en la cual, como lo dice su objeto, se establecen las disposiciones relacionadas con el uso del agua residual tratada, por lo que esta fue la primera norma que reglamentó el reúso en detalle para hacerlo operativo en Colombia.

Esta Resolución regula las condiciones en que opera el reúso, qué clase de permisos se requieren y sus condicionamientos especiales (balances de materia o masa), los usos establecidos para agua residual tratada -divididos en agrícola e industrial- y los criterios de calidad exigidos, por lo que en principio debería ser suficiente para garantizar la aplicabilidad del reúso.

4 Decreto 3930 de 2010. Artículo 3, numeral 28.
5 Decreto 3930 de 2010. Artículo 63.

Sin embargo, el Decreto 3930 de 2010 adolecía de ciertas condiciones que llevan a nuevas problemáticas o que no resolvieron algunas cuestiones que se esperaba fueran definidas, las cuales afectan la aplicación del reúso en el contexto actual. Nuevamente, debido a la insuficiencia normativa para regular adecuadamente la actividad y la falta de incentivos.

Sobre este último punto, la Comisión de Regulación de Agua Potable (CRA) reconoció que pese a la potencialidad que tiene el reúso, su aplicación ha sido poco implementada en el país, dado que la Resolución 1207 de 2014 en sí, no contiene incentivos suficientes para que las industrias o los individuos en general, reúsen sus aguas residuales tratadas (CRA, 2019). Adicionalmente, la CRA llama la atención sobre el poco número de concesiones otorgadas y que, el CONPES 3934 de 2018 ya había expuesto la necesidad de revisar y ajustar la Resolución 1207 de 2014.

Producto del estado de emergencia declarado por la pandemia de COVID-19, la CRA autorizó mediante la Resolución 911 de 2020 el reúso de agua para el lavado y desinfección de áreas públicas durante la emergencia sanitaria *"siempre y cuando las condiciones de esta sean aptas para el lavado de áreas públicas y los procesos de desinfección requeridos".* Se observa entonces, la potencialidad del reúso para evitar el desperdicio o uso innecesario del recurso hídrico en situaciones en las que hay que priorizar la conservación del agua potable y su empleo en consumo humano o actividades de orden industrial.

La anterior Resolución 1207 de 2014 tenía las siguientes restricciones que fueron modificadas, dada la iniciativa que en su momento tuvo la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) con el MADS para el año 2021[6]:

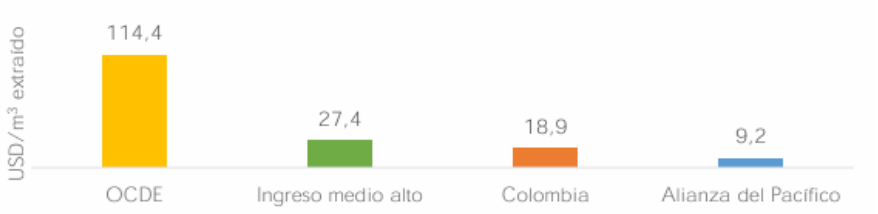
1. Redacción restrictiva: La normativa exigía modificaciones en concesiones de aguas, licencias ambientales o planes de manejo ambiental para el uso de aguas residuales tratadas, excluyendo a usuarios que no requerían estos permisos, como aquellos conectados a redes de acueducto o que recibían agua por carrotanques.
2. Lista limitada de actividades autorizadas: El artículo 6 de la Resolución 1207 de 2014 especificaba usos permitidos para el agua tratada de manera taxativa, excluyendo otras actividades potencialmente beneficiosas. Era importante que la normativa fuera dinámica y se actualizara regularmente entendiendo los avances de orden tecnológico y las necesidades del mercado van a otro ritmo.

6 ANDI - Noticias.

3. Interpretaciones disímiles entre autoridades ambientales: La falta de claridad en la regulación llevaba a interpretaciones diferentes por parte de las autoridades ambientales, lo que requería coordinación y lineamientos claros desde el MADS sobre ciertos aspectos de la regulación que dieran seguridad jurídica a los distintos actores de este mercado.
4. Gratuidad en el reúso de agua: La normatividad para este entonces, traía una prohibición de cobrar por el agua residual tratada, lo cual desincentivaba su tratamiento y entrega, debido a los altos costos asociados que se requieren para entregar a un usuario receptor estas aguas con los parámetros de calidad requeridos.
5. Cobro de doble tasa por uso: Tanto el usuario generador como el receptor debían pagar tasas por el uso de agua, lo que desincentivaba el reúso al ser más económico utilizar agua potable.
6. Necesidad de distinción normativa entre reúso y recirculación: La normativa no distinguía claramente entre estos conceptos, lo que generaba confusión y posibles interpretaciones contradictorias que impedían la promoción de estas actividades.
7. Entre otros.

Es importante señalar que Colombia para esta fecha tenía un muy bajo rendimiento de productividad por metro cúbico (m^3) extraído, dada la falta de aprovechamiento del recurso en sus distintas etapas. Colombia, producía para esa época 18,9 dólares por metro cúbico de agua extraída, muy por debajo de países de ingreso medio y países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Veamos lo señalado por el CONPES 3934 de 2018 en el comparativo de productividad de agua:

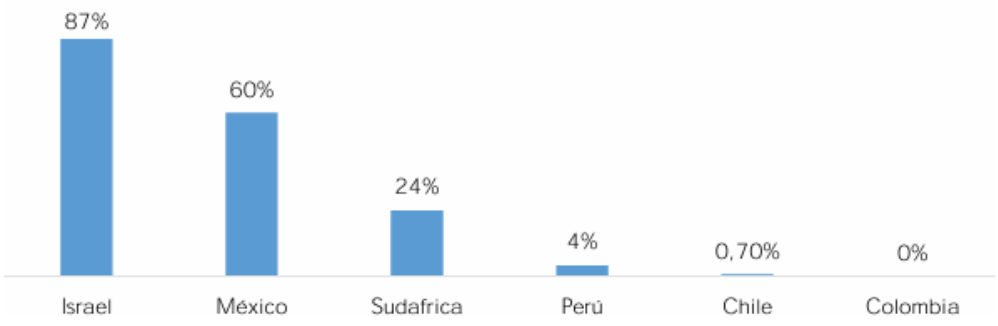
Gráfico 8. Productividad del agua[43] en Colombia y grupos de países de referencia, 2014



Fuente: DNP, Fedesarrollo, GGGI, PNUMA, 2017, con base en Banco Mundial, 2014.
Nota: la cifra de la Alianza del Pacífico no incluye Colombia.

Este bajo rendimiento en Colombia también fue comparado en el CONPES 4004 de 2020[7] señalando que, Colombia tenía un 0% de reúso en comparación con países como México, Perú, Chile, Israel y Sudáfrica:

Gráfico 3. Porcentaje de reúso países de referencia



Fuente: DNP (2020), a partir de información del estudio Análisis de reúso de aguas residuales (Caltiz, 2020).

Producto de estas y otras observaciones, se expidió la Resolución 1256 de 2021. En esta Resolución se establecieron normas que eliminaron ciertas barreras de entrada respecto de esta esta actividad, como las relacionadas con:

1. Eliminación de los parámetros de calidad para actividades industriales[8] abriendo el espectro de posibilidad de uso.
2. Diferenciación de la actividad de recirculación y reúso.
3. Modificación de parámetros para la actividad agrícola.
4. Posibilidad de cobrar por ejecutar proyectos de reúso de agua y poder atraer inversión de capital privado y público en esta actividad.

Sin embargo, en nuestra opinión, esa falta de incentivos en comparación con la posibilidad de disponer y comercializar agua cruda como sustituto en procesos industriales o agrícolas, sigue estando vigente, como bien lo indicó el CONPES 4004 antes citado, en estos términos:

> *Como se ve en el Gráfico 3, Colombia se encuentra rezagada en el porcentaje de reúso de las aguas residuales tratadas. Esta situación obedece a la falta de incen-*

7 CONPES 4004 de 2020. "ECONOMÍA CIRCULAR EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y MANEJO DE AGUAS RESIDUALES".

8 Resolución 1256 de 2021. (...) Parágrafo 3°. Para el agua residual para el uso industrial, no se establecen criterios de calidad desde el punto de vista ambiental; lo anterior, sin perjuicio de las disposiciones establecidas en materia sanitaria y demás disposiciones que regula la actividad.



Foto: Archivo EAAB-ESP.

tivos que promuevan el empleo de agua residual tratada en el riego de los cultivos, dado el bajo costo al que puede adquirir agua cruda. (se ha destacado)

Esto se evidencia en el PMAR[9] para los años 2020 – 2050 (actualizado al año 2022), en el cual se indica la falencia de proyectos para reúso del agua residual tratada, así:

En cuanto a infraestructura y financiamiento, de acuerdo con el análisis del sector se estima que, para lograr el tratamiento de las aguas residuales, en el 100% de las áreas urbanas de los 58 municipios priorizados, se requerirán cerca de $20 billones de pesos en el horizonte 2020-2050. Además, en relación con la gestión de subproductos será necesario incentivar la gestión de los mismos (aprovechamiento de biosólidos, reúso del agua residual tratada, y captura, quema y/o aprovechamiento del biogás). Actualmente, frente a la gestión de lodos la práctica más común es la estabilización de lodos y disposición en relleno sanitario, en cuanto a reúso no se identifican en el sector proyectos asociados con el reúso de las aguas residuales tratadas, y frente a la gestión del biogás algunas E. S. P. reportan iniciativas en este sentido, sin embargo, la gestión de subproductos es un elemento clave para impulsar el modelo de Economía Circular y avanzar con las acciones de mitigación y adaptación al cambio climático.

La Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación en un reciente documento del año 2023 denominado "Análisis conceptual y normativo sobre la recirculación y el reúso del agua en Brasil, Chile, Colombia, México y Perú" publicado por la ANDI, señaló la carencia de verdaderos incentivos fiscales para el caso de Colombia en estos términos:

A nivel de los sectores industrial y empresarial se plantea potenciar mecanismos que faciliten la implementación de procesos de reúso en las cadenas de producción, ya sea con soporte técnico, incentivos fiscales, incentivos para la innovación, relación con la academia y centros de investigación, sector empresarial, entre otros.

Ahora bien, en la nueva regulación que incorpora la Resolución 1256 de 2021 subsisten algunos obstáculos normativos importantes que han sido destacados por la ANDI y que provienen de otros instrumentos normativos, como lo es, la necesidad de requerir concesión de agua para disponer y así comercializar aguas residuales tratadas:

9 Colombia. Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. Plan Nacional de Manejo de Aguas Residuales PMAR 2020-2050 – 1ra. Ed/ Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico (Ed.). Bogotá, D.C. Colombia, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. 2022.

> *Artículo 4°. Del reúso. Se requerirá concesión de aguas para adquirir el derecho al uso de las aguas residuales como bien de uso público, salvo lo dispuesto en el artículo 148 del Decreto Ley 2811 de 1974.*

En nuestra opinión, esto es un requisito que nos resulta inverosímil, pues las barreras de entrada a este mercado y sus costos de transacción deben ser los menos posibles, para así incentivar una actividad que es de suma importancia en los objetivos de cambio climático y que tiene en competencia el agua cruda como un sustituto natural.

Es importante resaltar que, este requisito (i.e. el de la concesión de agua) fue exceptuado por el actual Plan Nacional de Desarrollo 2022 – 2026 (Ley 2294 de 2023) en el artículo 274, en estos términos:

> *Artículo 274. Gestión comunitaria del agua y saneamiento básico. La política de gestión comunitaria del agua y el saneamiento básico deberá incluir, entre otros, los siguientes lineamientos necesarios para promover y fortalecer las dinámicas organizativas alrededor del agua y el saneamiento básico:*
>
> *(...)*
>
> *5. Los proyectos de reúso de aguas provenientes de sistemas de tratamiento de aguas residuales domésticas que cumplan con los criterios de calidad vigentes para el uso en actividades agrícolas e industriales, no requerirán de concesión de aguas. (se ha destacado)*

Sin embargo, esta norma por sí sola carece de reglamentación, toda vez que es importante detallar a qué se refiere por Sistemas de Tratamiento de Aguas Residuales (STAR) domésticas en el contexto que trae la norma, pues dado el caso que estos proyectos fuesen exclusivamente para STAR que tratan este tipo de caracterización de aguas, el efecto útil de la norma se vería menoscabado en el entendido que el impacto que tendría la norma sería marginal; entendiendo que la mayoría de los STAR de gran tamaño en Colombia tratan aguas residuales domésticas y no domésticas. Así pues, se hace un llamado al Gobierno Nacional a reglamentar esta importante iniciativa que trajo el Plan Nacional de Desarrollo 2022 – 2026.

Por último, frente al concepto de Recirculación, consideramos que esta definición podría ser menos restrictiva, veamos lo indicado por la Resolución 1256 de 2021:

> *Recirculación: Es el uso de las Aguas Residuales en operaciones y procesos unitarios dentro de la misma actividad económica que las genera y por parte del mismo Usuario Generador, sin que exista contacto con el suelo al momento de su uso, salvo cuando se trate de suelo de soporte de infraestructura.*

Para ello, debería darse la discusión de permitir que la recirculación sea entendida dentro de un gran sistema de acueducto y alcantarillado (desde la captación hasta la descarga al suelo o un cuerpo de agua), cumpliendo en todos los casos con los parámetros de calidad exigidos en la regulación ambiental para cada uno de estos eventos. Esto permitiría eliminar costos de transacción en la medida en que la Recirculación no requiere concesión de agua en los términos que indica el Plan Nacional de Desarrollo 2022 – 2026.

Conclusiones

En conclusión, Colombia ha venido en una clara maduración de la normativa sobre reúso de aguas residuales, sin embargo, aún se hace necesario avanzar en la eliminación de barreras de entrada y de costos de transacción asociados con la ejecución de esta actividad. Para ello, se hace un llamado al Gobierno Nacional para que promueva la reglamentación del artículo 274 de la Ley 2294 de 2023, y, para que también, reevalúe conceptos como la recirculación, siempre y cuando su segundo uso se lleve a sistemas de tratamiento previo a la descarga en cuerpos de agua o al suelo, entre otros aspectos que busquen promover una mayor productividad del agua en Colombia.

Bibliografía

Constitución Política de Colombia. 1991.

Leyes:

Ley 142 de 1994. *"Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones."* (Col.)

Ley 99 de 1993 "*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones."*

Ley 373 de 1997 *"Por la cual se establece el programa para el uso eficiente y ahorro del agua."*

Ley 2294 de 2023 *"Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2022 – 2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida".*

Decretos:
Decreto Ley 2811 de 1974 *"Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente."*
Decreto 3930 de 2010 *"Por el cual se reglamenta parcialmente el Título I de la Ley 9ª de 1979, así como el Capítulo II del Título VI -Parte III- Libro II del Decreto-ley 2811 de 1974 en cuanto a usos del agua y residuos líquidos y se dictan otras disposiciones."*

Resoluciones:
Resolución 1207 de 2014
Resolución 1256 de 2021

CONPES:
CONPES 3177 de 2002
CONPES 3934 de 2018
CONPES 4004 de 2020

Concepto:

Concepto CRA. 2019. "Diagnóstico e identificación de problemas, objetivos y alternativas – Documento de avance de análisis de impacto normativo."

Documento ANDI. "Análisis conceptual y normativo sobre la recirculación y el reúso del agua en Brasil, Chile, Colombia, México y Perú"

LOS ACTOS CONTRACTUALES EMITIDOS POR LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES

Elaborado por:
Sandra Rodríguez Pinilla
Profesional Nivel 20 de la Oficina de Asesoría Legal.

La Constitución de 1991 adoptó como nuevo marco jurídico y político el Estado Social de Derecho, donde los derechos sociales cumplen un papel primordial.

Este nuevo modelo ocasionó la transformación de los servicios públicos domiciliarios, dando cabida a que las empresas, los municipios y las organizaciones autorizadas, entre otras; puedan ser prestadores de servicios públicos domiciliarios, acogiendo además el modelo de libre competencia en condiciones de igualdad, bajo la planeación, regulación, control y vigilancia del Estado, quien de conformidad con lo contemplado en el artículo 365 constitucional tiene el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos.

Este marco constitucional ha servido de base para que el Consejo de Estado emita variados pronunciamientos que se han ocupado de analizar el régimen contractual de los prestadores de servicios públicos; sin embargo, tales decisiones no han sido uniformes porque los actos emitidos por estos en su actividad contractual fueron clasificados actos privados, pero cuando se trató de una entidad pública que presta servicios públicos sus actos fueron catalogados como administrativos, en contravía de la regla general contemplada en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 que dispone que los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado, salvo que la misma ley disponga otra cosa.

Esta situación terminó cuando el Consejo de Estado emitió la Sentencia de Unificación del 3 de septiembre de 2020[10], en la que definió que la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y, por ende, se rigen por las reglas del derecho civil y comercial.

Aunque tal pronunciamiento acabó con la discusión acerca de la naturaleza jurídica de los actos dictados por una empresa de servicios públicos en su actividad contractual, dejó una zona gris, toda vez que la Sentencia trató solo sobre los actos precontractuales.

10 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación No. 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003).

Como era predecible, después de casi cuatro años, el Consejo de Estado se pronunció en relación con los actos emitidos por las empresas de servicios públicos durante la ejecución contractual a través de la Sentencia de Unificación con Radicado No.76001233100020060332003 (53.962)[11], la cual pasará a explicarse a continuación. En el caso analizado, una de las partes de la controversia es una empresa de servicios públicos de carácter oficial, es por ello que el Consejo de Estado nuevamente analiza el régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios públicos reiterando que el constituyente de 1991 asignó al legislador la definición del régimen que aplica a los servicios públicos, dándole la calificación de régimen autónomo.

De esta manera, el legislador atendiendo este mandato expidió la Ley 142 de 1994, en la que señaló en su artículo 31 que por regla general los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado, salvo que la misma ley disponga otra cosa.

En consecuencia, todas las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios independiente de que sean oficiales, mixtas o privadas,[12] quedan sujetas en igualdad de condiciones a las mismas normas.

La sentencia aludida enfatizó que cuando una empresa de servicios públicos de carácter oficial[13][14] funge como un privado, es decir, cuando su actividad se sujeta a las normas de derecho civil y comercial no cuenta con las prerrogativas de poder público o de autoridad, salvo cuando la ley lo habilita para usar y actuar bajo el ropaje de entidad pública.

Ahora bien, como todas las empresas prestadoras de servicios públicos en materia contractual se rigen por el derecho civil y comercial, esta normativa les permite estipular en sus contratos cláusulas que regulen sus intereses jurídicos y económicos, y determinen además la forma de actuar, adquirir o ejecutar determinada obligación, lo cual la jurisprudencia ha llamado el ejercicio de la libertad contractual o autonomía contractual.

La materialización de tal principio ha sido analizada por el Consejo de Estado en recientes jurisprudencias adoptando una "tendencia mayoritaria"; a saber, la sentencia del 25 de mayo de 2023[15] en la que haciendo alusión a otros pronunciamientos sostuvo que

11 Emitida el 9 de mayo de 2024 Consejero ponente José Roberto Sáchica Méndez.
12 Artículos 14.5, 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994.
13 A la cual denomina *"administración"*.
14 Artículo 14.5 de la Ley 142 de 1994 "Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes."
15 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata. 25 de mayo de 2023. Radicación número: 25000-23-36-000-2018-00534-02 (68186) en la que hace alusión a las Senten-

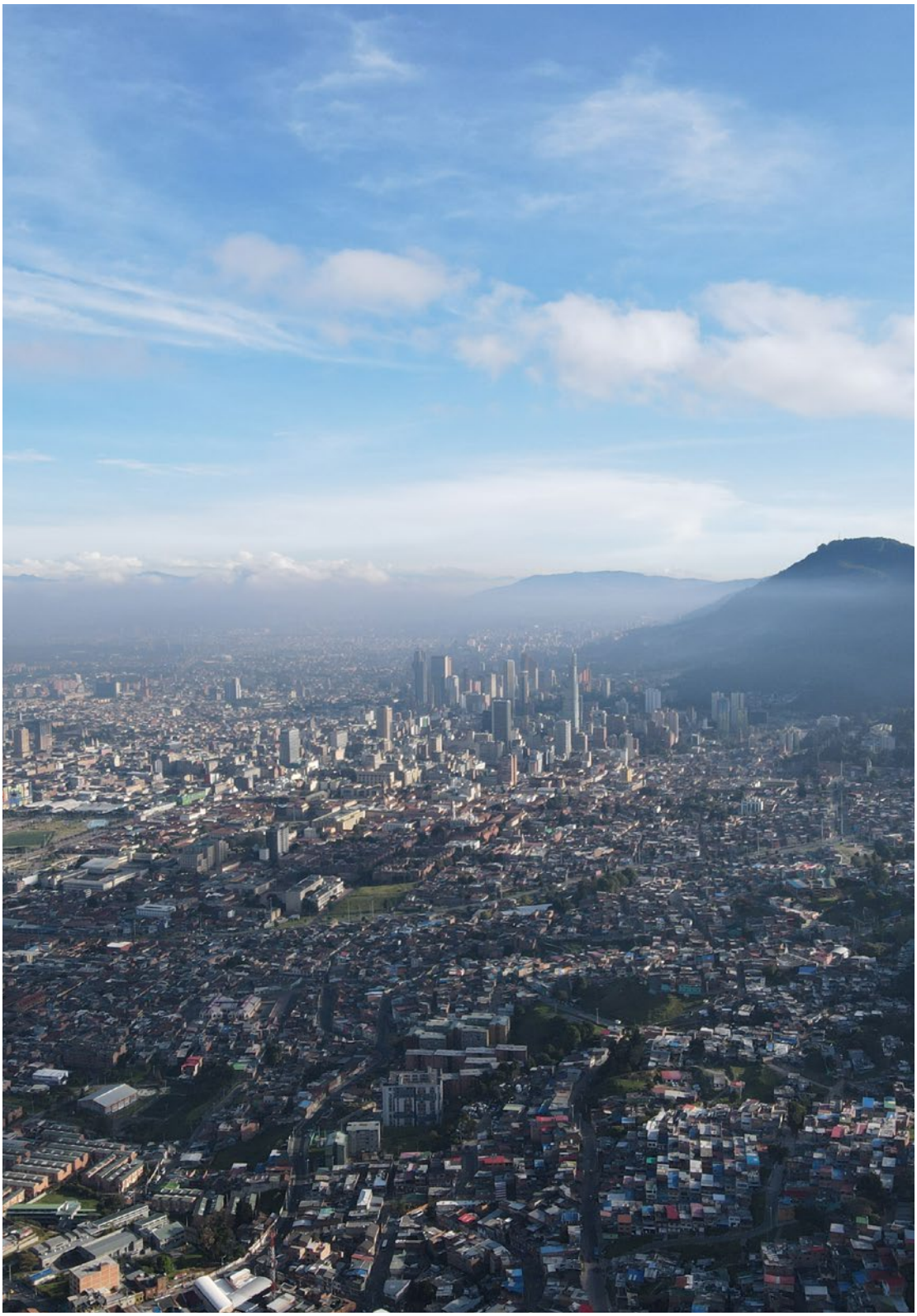


Foto: Archivo EAAB-ESP.

las cláusulas que estipulan multas, cláusula penal, terminación por mutuo acuerdo o unilateral por incumplimiento son absolutamente viables desde la perspectiva del derecho privado y en ejercicio de la autonomía negocial les permite a las partes estructurar el contenido del negocio que van a celebrar con la condición que determinen la prestación esencial del contrato que da lugar a la aplicación de la respectiva cláusula, por ejemplo, si es una de terminación unilateral deben precisar la prestación que por ser fundamental dentro del contrato da lugar a la aplicación de tal terminación.

En consecuencia, esta nueva perspectiva no es nada diferente a la autonomía dispositiva propia de los contratos que se rigen por el derecho civil y comercial.
Así las cosas, el acto mediante el cual una empresa prestadora de servicios públicos oficial da aplicación a la citada cláusula no es un acto administrativo sino un acto contractual.

Así mismo, específicamente la Sentencia de unificación señaló que es legalmente admisible que en los contratos celebrados por una empresa de servicios públicos se pacten cláusulas cuya ejecución corresponde a una de ellas, por ejemplo, la posibilidad de que una empresa de servicios públicos pueda a través de un acto contractual liquidar el contrato.

Esta posibilidad (la de liquidar unilateralmente el contrato), no puede ser entendida como el ejercicio de una prerrogativa pública, ni tampoco la materialización de esa posibilidad debe ser considerada un acto administrativo, en palabras del Consejo de Estado es un acto contractual en ejercicio de la llamada libertad contractual.

En conclusión, la Sentencia fijó como regla de unificación que: *"(i) Salvo las excepciones legales, los actos jurídicos adoptados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios con motivo de su actividad contractual, no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como por las reglas atinentes a su régimen especial. Por tal razón, para controvertirlos a través del medio de control de controversias contractuales, el demandante no tiene la carga de solicitar su anulación."*

Así las cosas, con la existencia de esta tendencia jurisprudencial clara y justificada que ha dado como resultado sentencias uniformes, corresponde a las entidades públicas que prestan servicios públicos domiciliarios emprender la revisión de sus normas internas para adecuarlas a la nueva realidad jurisprudencial, que no es otra que aplicar la regla general establecida en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 para lograr que sus procesos de selección para la adquisición de bienes y servicios sean eficientes desde el punto

cias del 20 de febrero de 2017, exp. 56.562. y a la Sentencia de 19 de julio de 2017, exp. 57.394.

de vista económico y permitan implementar modelos de abastecimiento estratégico.

Por último, conviene precisar que la Sentencia de Unificación y las demás providencias del Consejo de Estado han sido enfáticas en advertir que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, las empresas de servicios públicos oficiales en su actividad contractual se encuentran sometidas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal contenidos en la Constitución Política, así como al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Conclusiones

Las empresas de servicios públicos oficiales en desarrollo de su actividad contractual se rigen por el derecho civil y comercial y por ende, actúan como si fuera un sujeto de derecho privado.

A partir de las Sentencias de unificación Nos 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003) y Radicado No. 76001233100020060332003 (53.962) proferidas por el Consejo de Estado quedó claro que los actos precontractuales y contractuales dictados por las entidades públicas que prestan servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos, son actos contractuales que se rigen por el derecho privado.

Los actos emitidos por una empresa de servicios públicos oficial pueden ser controvertidos a través del medio de control de controversias contractuales contemplado en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pero el demandante no tiene la carga procesal de solicitar su anulación.

Ahora bien, como todas las empresas prestadoras de servicios públicos en materia contractual se rigen por el derecho civil y comercial, esta normativa les permite estipular en sus contratos cláusulas en las que regulen sus intereses jurídicos y económicos, y determinen además la forma de actuar, adquirir o ejecutar determinada obligación, a lo cual la jurisprudencia ha llamado el ejercicio de la libertad contractual o autonomía contractual. En virtud del postulado de autonomía de la voluntad que se expresa a través de la libertad negocial contemplada en los artículos 13 y 16 de la Constitución Política, las partes pueden auto regular sus intereses y determinar los efectos jurídicos de tales pactos, teniendo como límites la ley, el orden público y las buenas costumbres.

De modo que, como la actividad contractual de una empresa de servicios públicos oficial se rige por el derecho privado, es legalmente válido que en un contrato se estipulen cláu-

sulas que confieren una facultad unilateral, la cual no debe ser clasificada como facultad exorbitante o habilitación legal, sino como acto contractual, valga repetirlo, no son actos administrativos.

Bibliografía

Sentencias de unificación Nos 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003) y Radicado No. 76001233100020060332003 (53.962) proferidas por el Consejo de Estado.

Constitución Política de Colombia.

Ley 1150 de 2007 (15 de julio) "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.". https://www.itrc.gov.co/observatorio/wp-content/uploads/2021/12/Ley_1150_de_2007.pdf

Ley 142 de 1994 (11 de julio) "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones." https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2752

ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

acueducto
AGUA Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ

BOGOTÁ

Vigilado Superservicios