

Régimen jurídico de los contratos celebrados por el Gestor en los planes departamentales de agua

DAVID DE LA TORRE VARGAS¹

SUMARIO

Introducción. 1 Una definición necesaria: el Gestor en los P.D.A. y su naturaleza jurídica. 2. La controversia sobre el Régimen Contractual aplicable al Gestor de los P.D.A. 3. Una solución aparente: el Decreto 4548 de 2009. 3.1 La determinación del régimen jurídico aplicable a las entidades administrativas en materia de contratación y de servicios públicos es un tema de Reserva Legal. 3.2. Una conclusión obligatoria: cuando el Gestor del Plan es el Departamento, su régimen de contratación ya está definido por ley. 3.3. Un sofisma: presunta remisión al Estatuto General de Contratación Pública cuando el Gestor es una E.S.P. Remisión a una norma que exceptúa su aplicación. 4. Una solución constitucionalmente admisible. 4.1 Contratos realizados por el Departamento cuando actúa como Gestor. Aplicación del Estatuto General de Contratación Administrativa. 4.2 Contratos realizados por el Gestor E.S.P. Aplicación del Estatuto General de Contratación Administrativa. 4.3 Contratos desarrollados por el operador de servicios públicos del municipio. Régimen especial señalado por la Ley 142 de 1994. Conclusiones.

1 Abogado de la Universidad del Cauca, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Candidato a Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Docente del Departamento de Derecho Público de la Universidad del Cauca y de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca. Popayán, Colombia. Correo electrónico: [davidde-latorre84@hotmail.com], [david.delatorre@est.uexternado.edu.co].
Fecha de recepción: 24 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 4 de abril de 2011.

RESUMEN

El presente artículo pretende abordar la problemática que se ha originado en Colombia con la implementación de los "Planes Departamentales de Agua" en torno al régimen jurídico aplicable a los contratos que en desarrollo de ellos deba suscribir el Gestor. Problema que ha pretendido ser resuelto por vía normativa por el Gobierno Nacional de manera infructuosa, por lo impreciso y antitécnico de las normas con las que ha pretendido zanjar la discusión. De otra parte, en el presente trabajo se propone una solución constitucionalmente admisible a dicha problemática, que armoniza las disposiciones de los planes departamentales de agua, con las normas del sector de los servicios públicos y éstas a su vez con la normativa aplicable a la contratación de las entidades públicas.

PALABRAS CLAVE

Planes Departamentales de Agua, Régimen General de Contratación Pública, Servicios Públicos Domiciliarios, Agua Potable y Saneamiento Básico.

THE JURIDICAL REGIME OF CONTRACTS CELEBRATED BY THE GESTOR OF LOCAL WATER PLANS

ABSTRACT

This article aims to address the problem that is originated in Colombia by the implementation of the "Regional Program of water supply and sanitation", caused by the lack of clearness on the legal regime that subsumes the contracts developed in order to perform them, signed by the program Manager. The government has tried to resolve this problem by the expedition of a new administrative rule, but in our opinion, it has failed because the rule is ineffective, vague and anti-technical. On the other hand, this paper proposes a constitutionally permissible solution to the problem, which harmonizes the provisions of the Regional Program of water supply and sanitation, with the industry standards of public services and these in turn with the rules applicable to procurement public entities.

KEYWORDS

Regional Program of water supply and sanitation, General Rules of Public Procurement, Public Utilities, Water Supply and Sanitation.

INTRODUCCIÓN

El sector de Agua Potable y Saneamiento Básico en Colombia, afronta por estas calendas, desde la estructuración de su modelo actual diseñado por la Constitución Política de 1991 y la Ley 142 de 1994, una de las transformaciones más grandes de las que haya tenido noticia, habida cuenta de una de las políticas más profundas –hasta ahora implementadas– de reforma empresarial del sector.

Los Planes Departamentales para el manejo empresarial de los servicios de Agua Potable y Saneamiento Básico², también denominados Planes Departamentales de Agua (P.D.A.), obedecen a una política pública que el Gobierno Nacional ha trazado con el fin de transformar el sector en comento y avanzar en los índices de cobertura y calidad en la prestación de los servicios públicos de Agua Potable y Saneamiento Básico³.

Estos planes buscan generar una alianza entre la Nación, los Departamentos y los Municipios, redistribuyendo las competencias asignadas a cada uno de ellos, y condicionando la asignación de recursos de ésta a aquéllos⁴.

- 2 Esta es la denominación que se ha dado a una Política Pública que encuentra su soporte normativo en los artículos 6, 91, 92, 93, 94 y 118 de la Ley 1151 de 2007 “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*” (Diario Oficial 46.700 de 25 de julio de 2007) en conjunto con los artículos 3, 10 y 12 de la Ley 1176 de 2007 “*Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*” (Diario Oficial 46.854 de diciembre 27 de 2007); así como en el Decreto 3200 de 2008, “*Por el cual se dictan normas sobre Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento y se dictan otras disposiciones*” (Diario Oficial 47.096, Bogotá, D. C., viernes 29 de agosto de 2008). El Decreto 3200 de 2008 los define así: “*Artículo 1: Definición. Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento - P.D.A. Son un conjunto de estrategias de planeación y coordinación interinstitucional, formuladas y ejecutadas con el objeto de lograr la armonización integral de los recursos, y la implementación de esquemas eficientes y sostenibles en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de Agua Potable y Saneamiento Básico*”.
- 3 Cfr. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES 3463. En su apartado II Definición y Principios Fundamentales señala: “*Los Planes Departamentales de Agua y Saneamiento para el Manejo Empresarial de estos servicios, son la estrategia del Estado para acelerar el crecimiento de las coberturas y mejorar la calidad de los servicios, al facilitar el cumplimiento de los siguientes lineamientos de política: (i) efectiva coordinación interinstitucional al interior de cada nivel y entre diferentes niveles de gobierno, (ii) acelerar el proceso de modernización empresarial del sector en todo el territorio nacional, (iii) aprovechar economías de escala mediante la estructuración de esquemas regionales de prestación, (iv) articular las diferentes fuentes de recursos y facilitar el acceso del sector a crédito, (v) ejercer un mejor control sobre los recursos y el cumplimiento de la regulación, y (vi) contar con planes de inversión integrales con perspectiva regional, de corto, mediano y largo plazo*”.
- 4 Cfr. Ley 1151 de 2007 (art. 91). *Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento*. Los recursos que aporte el Gobierno Nacional a la ejecución de los planes departamentales para el manejo empresarial de los servicios de agua y saneamiento estarán condicionados al compromiso por parte de las entidades territoriales, de los recursos del Sistema General de Participaciones y

Dentro de las modificaciones más importantes, encontramos la creación de un modelo de operación de los servicios de Agua Potable y Saneamiento Básico que se estructura a partir de la creación de nuevos actores empresariales. Figuras como el Gestor⁵, la Gerencia Asesora⁶ y el Comité Directivo⁷, irrumpen en la realidad y devenir del sector.

Atendida la novedad del tema de los P.D.A. en nuestro ordenamiento jurídico, las normas, la jurisprudencia y la doctrina no suministran aún respuestas con sólidas construcciones teóricas, a los numerosos interrogantes que en torno a éstos han ido surgiendo; razón por la cual, es la academia la primera llamada a abordar con rigor científico y metodológico las respuestas a un tema no sólo inacabado y novedoso, sino de profunda trascendencia en lo que a la calidad de vida de los habitantes y al patrimonio de los municipios en Colombia se refiere.

En el presente artículo, abordaremos uno de los aspectos más importantes y que ha suscitado importantes controversias en lo que a los P.D.A. se refiere: el régimen contractual del Gestor. Discusión que encuentra sus orígenes en la tensión histórica existente en el sector de los servicios públicos domiciliarios sobre la aplicación de normas de derecho público o normas de derecho privado.

El tema del régimen Contractual del Gestor, cobró gran relevancia jurídica y social, ante la posibilidad hermenéutica que ofrece la normativa de los P.D.A. para que cuantiosas sumas de recursos públicos, se ejecuten bajo un régimen diferente al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, que se ejecutaran bajo parámetros propios de la dinámica contractual privada, donde se excluyen los procedimientos públicos de selección por vía general.

Posibilidad que socialmente no es bien vista, ya que permite seleccionar contratistas sin procedimientos previos y públicos, generándose un foco importante a prácticas clientelistas y de corrupción, tristemente frecuentes en nuestra cotidianidad.

de regalías, así como de los compromisos de transformación empresarial que se deriven del diagnóstico institucional respectivo.

El Gobierno Nacional señalará la metodología para definir el nivel de compromisos a que se refiere el inciso anterior.

Los recursos de apoyo de la Nación al sector y los que aporten las Corporaciones Autónomas Regionales, se ejecutarán en el marco de los planes a que se refiere el presente artículo.

Parágrafo. Las empresas de servicios públicos domiciliarios podrán ejecutar los proyectos del sector de Agua Potable y Saneamiento Básico en cumplimiento y/o desarrollo de los planes de que trata el presente artículo, indistintamente de las fuentes de financiación de los mismos".

5 Decreto 3200 de 2008, artículo 12.

6 *Ibíd.*, artículo 13.

7 *Ibíd.*, artículo 9.

Surgió así un cuestionamiento jurídico de gran importancia, referido a si debe el Gestor contratar con base en las normas del Estatuto General de Contratación Pública, o, si, por el contrario, tiene la facultad de hacerlo acudiendo a las normas de derecho privado.

El Gobierno Nacional pretendió resolver dicha problemática y zanjar la discusión por vía reglamentaria mediante la expedición del Decreto 4548 del 23 de noviembre de 2009⁸, en el cual, aparentemente se dispone que los Gestores deberán contratar bajo la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública.

El cuestionamiento jurídico central que se pretende dilucidar en estas líneas, es si realmente el Decreto 4548 de 2009 resuelve la problemática del régimen de contratación de los Gestores, o, si por el contrario, una construcción constitucional y legalmente coherente de dicho régimen requiere la utilización de criterios diferentes que den una respuesta ajustada al diseño Constitucional del sector de los Servicios Públicos Domiciliarios y de la contratación pública.

En el presente trabajo, como punto de partida, se definirá y analizará la naturaleza jurídica de la figura del Gestor (Capítulo 1), y demostraremos que el Decreto 4548 de 2009, no aclara la controversia originada en torno al régimen de contratación en el marco de los planes departamentales para el manejo empresarial de los servicios públicos de Agua Potable y Saneamiento Básico (Capítulo 2), siendo apenas una solución aparente (Capítulo 3) ya que, en primer lugar, la competencia de atribuir el régimen jurídico en materia contractual y de servicios públicos domiciliarios a las entidades del Estado es un tema de Reserva de Ley (Apartado 3.1), adicionalmente, porque en los eventos donde el Gestor sea el Departamento, su régimen ya está definido por ley (Apartado 3.2); de otra parte, porque dicho decreto hace una remisión a una norma cuya finalidad es precisamente exceptuar a determinadas entidades de la aplicación del régimen de contratación estatal (Apartado 3.3) y, porque, finalmente, subsiste la posibilidad de que los contratos no sean adelantados o suscritos por los Gestores directamente, sino por una Empresa Prestadora de Servicios Públicos (E.S.P.), casos en los cuales lo único que se aplica del régimen contractual de la administración son los principios generales. Por lo anterior, para definir el régimen contractual de los Gestores, se debe hacer una relectura de las normas aplicables tanto al régimen general de contratación estatal como de los servicios públicos, para construir una respuesta constitucionalmente admisible con el régimen de contratación pública y el régimen de los Servicios públicos domiciliarios (Capítulo 4), definiendo así el

8 "Por el cual se da aplicación al artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, en relación con los Gestores de los Planes Departamentales para el manejo empresarial de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento básico de que trata el artículo 91 de la Ley 1151 de 2007". Diario Oficial 47.543 de noviembre de 2009.

régimen aplicable a los contratos del Gestor cuando éste sea el Departamento (Apartado 4.1), o, cuando el Gestor sea una E.S.P. (Apartado 4.2) y definiendo cuál debe ser el régimen de contratación aplicable cuando el contrato no lo adelante el Gestor directamente, sino una Empresa Prestadora de Servicios Públicos (Apartado 4.3).

Así las cosas, iniciaremos por hacer unas precisiones esenciales en torno a la figura del Gestor y su naturaleza jurídica.

1. UNA DEFINICIÓN NECESARIA: EL GESTOR EN LOS P.D.A. Y SU NATURALEZA JURÍDICA

Los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios Públicos de Agua Potable y saneamiento básico –en adelante Plan Departamental de Aguas o P.D.A.–, grosso modo, consisten en una política pública diseñada por el Gobierno Nacional, orientada a aumentar los índices de cobertura y calidad en la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, la cual se ejecuta a través de una alianza entre la nación, los departamentos y los municipios que decidan vincularse a los mismos, en la cual, los diferentes recursos que se invierten en el sector, independientemente de su origen, se canalicen hacia un fondo común (fiducia), y se ejecuten de una manera organizada, mediante la financiación de proyectos presentados por los municipios y estudiados en su necesidad, pertinencia y viabilidad técnica y financiera por representantes de éstos, del Departamento y la Nación.

En desarrollo de dicha política, se crean unas nuevas "estructuras operativas", las cuales se denominan "Gerencia Asesora", "Comité Directivo", y "Gestor".

Para los efectos del presente artículo nos dedicaremos al último de los mencionados, ya que en atención a sus funciones, dentro de las cuales se encuentra la de adelantar los procesos de contratación donde se ejecuten los recursos del P.D.A., es donde se suscita el interrogante sobre el régimen jurídico aplicable a las diferentes etapas, pre contractual, contractual y post contractual de los contratos que llegaren a suscribirse.

En este orden de ideas, resulta necesario, en primer término, entender la naturaleza jurídica del Gestor, a efectos de tomar dichas precisiones como punto de partida en la búsqueda de la respuesta al interrogante a resolver en el desarrollo de este trabajo.

La primera precisión que debe realizarse, es, que la figura del Gestor no tiene un referente Constitucional directo o indirecto, además no ha sido creado por la ley, ni existe dentro del sector central o descentralizado de la Administración en ninguno de sus niveles nacional, seccional o local. Es decir, no lo podemos catalogar ni como una entidad, ni como un organismo de la Administración.

Su referente normativo inmediato lo encontramos en el Decreto 3200 de 2008, en donde dicho sea de paso, no se lo define como una entidad u orga-

nismo, sino como una "estructura operativa", razón por la cual, es necesario que, al referirnos al Gestor, no lo imaginemos como un nuevo tipo de entidad, sino como un rol, o un conjunto de funciones, que, como se verá, pueden ser desarrolladas por un Departamento o por una Empresa de Servicios Públicos (E.S.P.) que reúna determinadas características.

En este sentido, lo acertado es considerar al Gestor como un rol o un grupo de funciones y no como un nuevo tipo de organismo o entidad pública, toda vez que, la creación de tipologías de entidades administrativas, es competencia del legislador. En este orden de ideas, encontramos por ejemplo, cómo la Ley 489 de 1998, enuncia los diferentes tipos de entidades que existen dentro de nuestro ordenamiento jurídico administrativo, y, aunque si bien dicho listado no es *numerus clausus*, claramente se desprende del texto de dicha norma que las demás entidades que pueden llegar a existir, deben ser creadas o autorizadas por la ley.

Ahora bien, concretamente el artículo 12 del Decreto 3200 de 2008, al ocuparse del Gestor, estructura la figura identificando tres aspectos: i) su objeto general, ii) quién puede asumir dicho rol, y iii) enlistando sus funciones.

En lo referente al objeto general de la figura, lacónicamente la norma en comento lo identifica como: "el encargado de la gestión, implementación y seguimiento a la ejecución del P.D.A."

En el segundo de los aspectos, esto es, al identificar quién puede asumir dicho rol, el Decreto 3200 señala que puede ser Gestor: "i) Una empresa de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo del orden departamental, siempre que sus estatutos permitan la vinculación como socios de los municipios y/o distritos del Departamento que lo soliciten; o, ii) El Departamento".

Como en este punto nos encontramos en el cometido de analizar la naturaleza jurídica del Gestor, nos detendremos en lo que respecta al tipo de entidades que puedan asumir dicho carácter, advirtiéndole, que sobre sus funciones nos detendremos dentro de este escrito, en líneas posteriores⁹.

Cuando el Gestor sea el Departamento, dicho rol será desarrollado desde el sector central de la administración departamental, a través de los organismos o dependencias que la propia estructura orgánica del departamento permita, caso en el cual, fuerza es concluir que esta estructura operativa se rige por el régimen jurídico propio del departamento, sin que sea dado predicar mutación alguna de la normativa aplicable al mismo.

Así las cosas, sus funcionarios serán por regla general empleados públicos¹⁰ y excepcionalmente trabajadores oficiales¹¹, con las implicaciones que de ello

9 Cfr. Apartado 3.2

10 Siguiendo para ello el Criterio Orgánico contenido en el artículo 233 del Decreto 1222 de 1986 por pertenecer a un Departamento.

11 Siguiendo para ello el criterio funcional contenido en el artículo 233 del Decreto 1222 de 1986 cuando desarrollen actividades de construcción y sostenimiento de obras civiles.

se derivan; el régimen de sus actos y contratos será de derecho público, por mencionar sólo alguna de las consecuencias de su naturaleza de administración pública del sector central en el nivel departamental.

De otra parte, cuando la figura del Gestor recaiga sobre una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios (E.S.P.); ésta debe tener las siguientes características concurrentes:

- a) Tener la naturaleza jurídica de E.S.P.
- b) Dedicarse a la prestación del servicio de Acueducto, Alcantarillado o Aseo.
- c) Ser de naturaleza departamental.
- d) Sus estatutos deben permitir la vinculación de los Municipios del Departamento que soliciten su inclusión en la misma.

La naturaleza jurídica de E.S.P. sólo puede adquirirse si se cumple lo señalado en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 cuyo tenor literal dispone que "*Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley*". De igual manera, y en estricto rigor jurídico, debe cumplirse con lo prescrito por el artículo 18 *ibídem* que completa el anterior enunciado señalando que "*La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa*".

De lo anterior, se concluye claramente que para que una E.S.P. pueda desarrollar el conjunto de funciones que la cataloguen como Gestor, necesariamente debe tener por objeto prestar Servicios Públicos, de lo contrario, no se cumpliría con el primero de los requisitos exigidos por el artículo 12 del Decreto 3200, ya que una E.S.P. por antonomasia debe prestar servicios públicos, ya que de no hacerlo, derivaría en cualquier tipo de entidad y no en una E.S.P. como quiera que la Ley 142 de 1994 así lo dispone claramente.

Ahora bien, no sólo la naturaleza de E.S.P. habilita a una entidad de ese tipo a convertirse en Gestor, ya que la norma exige que la Empresa, tenga por objeto la prestación de Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado o Aseo.

Para que la E.S.P. con las características acabadas de referir pueda ser Gestor, se requiere que sea de naturaleza departamental, esto es, que su acto de Creación haya sido autorizado por la Asamblea Departamental y que se entienda vinculada al sector descentralizado por servicios del Departamento.

Se requiere además que los Estatutos de dicha E.S.P., permitan la vinculación de los Municipios del Departamento que soliciten su inclusión en la misma, requisito que debe cumplirse desde el momento de su creación, o posteriormente mediante una reforma estatutaria en dicho sentido, pero siempre y en todo momento, con anterioridad a asumir el rol de Gestor.

Como se anotó, dichos requisitos deben presentarse de manera concurrente y previa a que la respectiva E.S.P. asuma el conjunto de funciones del Gestor, es decir, los mismos son requisitos de tipo *sine qua non*, para que una E.S.P. pueda desarrollar el rol de Gestor.

Por lo anterior, merece especial comentario y advertencia, la tendencia contraria a la normativa comentada, que se observa a lo largo y ancho del territorio nacional, donde se han venido creando "supuestas" E.S.P. que se convierten en Gestor y que no prestan directamente Servicios públicos domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado o Aseo. Tal como se observó, cuando el Decreto 3200 de 2008 contempla la posibilidad de que una E.S.P. sea Gestor de un P.D.A., claramente condiciona dicha posibilidad a que la respectiva Empresa *preste servicios públicos domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado o Aseo*.

Como vimos, para que una entidad pueda ser considerada como E.S.P., es indispensable que preste Servicios Públicos domiciliarios, de lo contrario no puede ser considerada como tal. Por ello, cuando en el Departamento no exista una E.S.P. que cumpla con los requisitos a los que hemos venido haciendo referencia, el rol de Gestor deberá ser desarrollado por el Departamento.

No obstante, como lo anotamos, viene haciendo carrera la posibilidad que en los Departamentos se creen E.S.P., con la finalidad exclusiva de convertirlas en Gestor sin que las mismas presten Servicios públicos domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado o Aseo, lo que ha llevado a una nueva clasificación, contradictoria en sí misma, y consistente en la posibilidad que existan E.S.P. que no prestan servicios públicos¹². Haciendo un parangón, ello equivale a admitir que puedan existir Empresas Sociales del Estado que no presten servicios de Salud, o Empresas Industriales y Comerciales del Estado que no desarrollen actividad industrial o comercial.

Hechas pues las necesarias precisiones anteriores, es menester profundizar en la controversia sobre el régimen de contratación aplicable al Gestor de los P.D.A., a efectos de determinar si la misma ha sido solucionada por vía normativa con la expedición del Decreto 4548 de 2009, o, si por el contrario, la solución a la misma requiere de la utilización de otro tipo de criterios que brinden una solución constitucionalmente admisible.

2. LA CONTROVERSIA SOBRE EL RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE AL GESTOR DE LOS P.D.A.

El modelo de los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia, fue modificado sustancialmente por la Constitución Política de 1991, donde se quiso de una manera reflexiva y consciente, dar paso a un modelo de gestión cuyo paradigma es la libre competencia, la libertad de concurrencia y la eficiencia económica.

No obstante, a la par de lo anterior, la Constitución Política concibió la prestación de los servicios públicos como una función inherente a los fines

12 Cfr. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Conceptos 255, 480, 488 de 2009 y 168 de 2010, entre otros. En dichos conceptos se avala la posibilidad que el Gestor sea una E.S.P. que no preste servicios públicos domiciliarios.

del Estado Social de Derecho¹³, con el deber correlativo de una realización eficiente para todos los integrantes del territorio nacional, dada la estrecha vinculación que los mismos mantienen con la satisfacción de derechos fundamentales de las personas, con su dignidad, vida y salud.

Lo anterior, condujo a que en materia de Servicios Públicos Domiciliarios, se adviertan dos importantes tendencias, que si bien en ocasiones pueden verse como antagónicas, necesariamente deben ser armonizadas, ya que las mismas son consustanciales al diseño constitucional de la materia, y, que a su vez, marcan gran parte de las discusiones del sector, en donde vamos a encontrar tendencias que buscan privilegiar, de un lado, la concepción de eficiencia económica y de competencia y, de otro, la inherencia a la finalidad social del Estado.

Esta doble connotación ha sido la causa para que en materia de servicios públicos, coexistan disposiciones propias del derecho privado, con instituciones eminentemente *ius publicistas*. Naturalmente, en materia contractual esto está a la orden del día.

Es así como encontramos que el legislador, en materia contractual ha diseñado un régimen especial para los Servicios Públicos Domiciliarios, en el cual, sin asombro, podemos encontrar el ejercicio de facultades originadas exclusivamente en la autonomía de la voluntad de la entidad, sin necesidad de acudir a un procedimiento previo de selección, que simultáneamente puedan venir acompañadas de una cláusula exorbitante al derecho privado.

Lo anterior conduce a que de manera general en materia de Servicios Públicos Domiciliarios, y en particular en materia contractual, exista una permanente *tensión* entre la aplicación de normas de derecho privado y las de derecho público, tensión de la cual, naturalmente la más reciente creación sectorial –los P.D.A.– no iban a ser ajenos.

Así las cosas, surge un primer inconveniente en lo que a los Planes Departamentales de Agua se refiere: la falta de referencias normativas expresas de rango y fuerza tanto formal como material de ley, sobre sus diferentes aspectos, implica, que no exista certeza normativa sobre las disposiciones aplicables a los Gestores en materia de contratación, al igual que en muchos otros aspectos, ya que la mayoría de las disposiciones son de naturaleza reglamentaria.

13 Constitución Política de Colombia, artículo 365. “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

De lo anterior no puede deslindarse que los recursos inmersos en los P.D.A. que pueden manejarse e invertirse en ellos, fácilmente superan los miles de millones de pesos en un solo Departamento; por ello, las cifras que a nivel nacional se estima serán destinadas a dichos planes, superan los ocho billones de pesos. Si bien es cierto que dichos recursos tienen diferente origen, comparten la característica común que su naturaleza es enteramente pública, razón por la cual, la indeterminación normativa en el tema, inmediatamente encendió las alarmas, de medios de comunicación, de órganos de control, e incluso del Gobierno Nacional, ante la evidente posibilidad de que tan importante suma se ejecutara con prescindencia de mecanismos públicos y reglados de selección¹⁴.

Ahora bien, advertida la falta de normas de naturaleza legal en esta materia, es conveniente dirigir el análisis a las disposiciones que se refieren a la contratación dentro de los P.D.A. En este sentido, encontramos que el Decreto 3200 de 2008, en su artículo 7.º señala que:

"Artículo 7.º Contratación. Los procesos de contratación que se adelanten en desarrollo de un P.D.A. FASE II con cargo a los recursos de los actores del P.D.A. podrán ser adelantados por el Gestor del P.D.A. o el(los) operador(es) de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado y/o aseo que preste(n) en el municipio o grupo de municipios beneficiarios del proyecto; lo anterior observando lo previsto en el contrato de fiducia mercantil y las normas que resulten aplicables.

Las autoridades ambientales podrán adelantar procesos de contratación, en el marco del P.D.A., cuando aporten recursos para el respectivo proyecto.

En todo caso, las actuaciones de quienes intervengan en los P.D.A. se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa".

Nótese que la norma citada, sólo hace referencia a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y a los postulados que rigen la función pública, mas no hace referencia directa al cuerpo normativo del Estatuto General de Contratación Estatal.

Adicionalmente, el panorama normativo de los P.D.A., en lo concerniente a las funciones de los Gestores, tampoco aporta certeza al tema, ya que en el artículo 12, numeral 15 del decreto en comento se señala:

15. Adelantar procesos de contratación con cargo a los recursos del P.D.A. FASE II, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.º del presente decreto, el Plan

14 Sobre este punto en particular dan cuenta las siguientes notas publicadas en los más importantes medios de comunicación impresos: [www.semana.com/noticias-nacion/orejas-escandalo/130761.aspx]; [www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3629549]; [www.elespectador.com/agua/articulo137610-mas-de-8-billones-se-invertiran-planes-departamentales-de-agua].

Anual Estratégico y de Inversiones y los lineamientos y parámetros generales de contratación aprobados por el Comité Directivo, velando por la pluralidad de oferentes y la publicidad de dichos procesos.

Visto lo anterior, queda claro que en materia de P.D.A., lo que menos claro está, es el régimen contractual aplicable al Gestor.

Ante las numerosas críticas que ello desató, el Gobierno Nacional, en ejercicio de su potestad reglamentaria¹⁵, quiso terminar todo germen de duda y procedió a expedir el Decreto 4548 de 2009, el cual, fue presentado como la salida a tan importante cuestionamiento, pero que, permítasenos adelantarnos, en nada resuelve el fondo de la controversia, tal como pasará a verse.

3. UNA SOLUCIÓN APARENTE: EL DECRETO 4548 DE 2009

El 23 de noviembre de 2009, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 4548, con el cual, pretendía terminar la discusión sobre el régimen contractual aplicable a los Gestores de los P.D.A. El decreto en comento, fue presentado por el Gobierno Nacional como la solución a dicha controversia, e inclusive, fue recibido con beneplácito por la mayoría de los actores de los P.D.A., ya que, aparentemente con su expedición quedaba claro que la contratación de los Gestores debía ceñirse a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹⁶.

El texto de la norma, no sólo es lacónicamente impreciso, sino que, analizado detenidamente, no resulta para nada pacífico aceptar que lo que en efecto dispone su texto sea aplicar el Estatuto General de Contratación Pública a la contratación del Gestor. Veamos su contenido:

"DECRETO NÚMERO 4548

Por el cual se da aplicación al artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, en relación con los gestores de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento de que trata el artículo 91 de la Ley 1151 de 2007

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

15 Derivada del artículo 189 numeral 11 de la Carta Política.

16 Cfr. sobre el particular:

[www.minambiente.gov.co/contenido/contenido.aspx?conID=4477&catID=973],
[www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3824137], y
[www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3733115].

DECRETA:

Artículo 1. Los procesos de contratación que se adelanten por el Gestor, en cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 12 del Decreto 3200 de 2008, se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en desarrollo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones previstas en el mencionado Decreto.

Artículo 2. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación".

Lastimosamente, sobre el contenido de dicho decreto, han sido escasos los análisis, lo que en buena medida condujo, a que se creyera que el Gobierno Nacional, había dado por cerrada la discusión, optando por indicar que los procedimientos de contratación en los P.D.A. se adelantarían con apego al Estatuto General de Contratación Administrativa.

Nada más lejano a la realidad que dicha conclusión. En primer lugar, porque la competencia de atribuir el régimen jurídico en materia contractual y de Servicios Públicos Domiciliarios a las entidades del Estado¹⁷, es un tema de Reserva de Ley; adicionalmente, porque en los eventos donde el Gestor sea el Departamento, su régimen ya está definido por ley; de otra parte, porque dicho decreto hace una remisión a una norma cuya finalidad es precisamente exceptuar a determinadas entidades de la aplicación del régimen de contratación estatal; y, porque, finalmente, subsiste la posibilidad de que los contratos no sean adelantados o suscritos por los Gestores directamente, sino por una Empresa Prestadora de Servicios Públicos (E.S.P.), casos en los cuales lo único que se aplica del Régimen Contractual de la Administración, son los principios generales.

Desarrollemos cada uno de dichos argumentos.

3.1. LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN Y DE SERVICIOS PÚBLICOS ES UN TEMA DE RESERVA LEGAL

Una característica consustancial a todo Estado Social de Derecho, es el principio de División de Poderes, el cual, entre otros medios, se garantiza a través de la delimitación funcional de las competencias de las diferentes ramas del poder público. En este sentido, una de las instituciones que están orientadas a garantizar dicho principio es la Reserva de Ley. Tema cuyo concepto y aplicación en materia de Derecho Administrativo es clara y profundamente desarrollado por el profesor EBERHARD SCHMIDT ASSMANN en su obra "*La teoría*

17 Para este caso a los Departamentos y a las E.S.P. que asuman como Gestores. Recuérdese que el Gestor como tal, es un rol y no propiamente un organismo o entidad.

general del Derecho Administrativo como sistema”, quien precisa la importancia de la ley de la siguiente manera:

“La piedra angular de la separación de poderes es la Ley parlamentaria¹⁸. La ley es el lugar de encuentro que sintetiza los objetivos que subyacen a la garantía que representa tanto la cláusula del Estado de Derecho como el principio democrático¹⁹: la ley, es a la vez, garante de una conformación social abormada por los principios propios de un Estado de Derecho, y, por otro lado, medio o instrumento de legitimación democrática. La ley estructura los procesos de decisión y delimita los ámbitos funcionales de los poderes²⁰. Ella es al mismo tiempo límite y mandato para la administración²¹”²².

Como consecuencia de lo anterior, el autor en cita, define de la siguiente manera el Principio de la Reserva de Ley:

“La reserva de ley, esto es, la cuestión –de contornos más precisos que la recién tratada- relativa a cuando es ‘necesaria la existencia de una ley’ (W. JELLINEK), tiene para el poder ejecutivo un efecto directamente limitador de su ámbito competencial, ya que las materias alcanzadas por la reserva, que no hayan sido objeto de previa regulación legal, no pueden ser reguladas por la administración. En tiempos, como los actuales, en que las situaciones y las exigencias varían muy rápidamente y en que la administración es juzgada políticamente por su capacidad de reacción rápida, tal exigencia, no es, desde luego una obviedad. El carácter político de la doctrina de la reserva de ley ha sido admitido siempre a lo largo de su evolución histórica²³. Tal carácter es también manifiesto en la actualidad. Todas las grandes transformaciones que inciden en la Administración –ya afecten la técnica, la economía, la ciencia, o el orden de los valores vigentes en la sociedad- han tenido su reflejo, por consiguiente en la doctrina de la Reserva de Ley²⁴”²⁵.

Así las cosas, la Reserva Legal, es una garantía para el Principio de División de Poderes y para el Principio Democrático, que impone límites funcionales

18 F. BADVRA STAATSRECHT, n.ºs margs. 5 y 6; BOCKENFORDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, p. 381; DREIER, *HIERARCHISCHE VERWALTUNG*, pp. 160 y 161 (cita original de la obra referida).

19 EICHENBERGER, *VVDSTRL*, vol. 40, p. 10; KIRCHOF, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 59, n.ºs margs. 140 y 141 (cita original de la obra referida).

20 Al respecto, vid. *BVerfGE*, pp. 90 y 286 (pp. 389 y 390) (cita original de la obra referida).

21 Vid., con carácter fundamental, SCHEUNER, en *DÖV*, 1969, pp. 585 y ss. (cita original de la obra referida).

22 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 194.

23 Vid. JESCH. *Gesetz und Verwaltung*, en particular, pp. 74 y ss.; ERICHSEN. *Verfassungs- und Verwaltungsgeschichtliche Grundlagen*, pp. 148 y ss. (cita original de la obra referida).

24 Vid. *La Exposición de Stern, Staatsrecht*, vol. 1, § 20, IV b, pp. y vol. 3/2, § 80 (Sachs). También OSSEN BÜHL, en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, § 62, en particular, n.ºs margs. 26 y ss. (cita original de la obra referida).

25 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, op. cit., p. 198.

a las competencias del Ejecutivo, respecto de campos que por su importancia, están reservados a regulación normativa exclusiva del Legislador.

Sobre este punto, la Corte Constitucional, en pronunciamientos que constituyen Doctrina Constitucional²⁶ ha precisado lo siguiente:

"Conviene reiterar que en virtud de la denominada reserva legal el órgano legislativo -en su condición de garante del principio democrático- ha recibido del Constituyente el encargo de desarrollar determinados mandatos superiores, tal como lo ha expresado la jurisprudencia constitucional:

"La reserva de ley es una institución jurídica, de raigambre constitucional, que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley. Es una institución que impone un límite tanto al poder legislativo como al ejecutivo. A aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, deben ser materia de ley"²⁷.

Por lo tanto, es claro que al Gobierno está vedado reglamentar las materias respecto de las cuales opera la reserva de ley. Así lo ha precisado la jurisprudencia:

"La potestad reglamentaria, o el poder reglamentario, es un derecho propio constitucionalmente otorgado al Presidente de la República como autoridad administrativa, para dictar las normas de carácter general que son necesarias para la correcta ejecución de la ley. Por consiguiente, esta atribución no necesita de norma legal expresa que la conceda, pero su ejercicio se amplía o restringe en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos.

"(..)

"Abora bien, la potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley. Sin embargo, esta facultad no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la Ley, es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la Administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador. Por lo tanto, si un Reglamento rebosa su campo de aplicación y desconoce sus presupuestos de existencia, deberá ser declarado nulo por inconstitucional por la autoridad judicial competente"²⁸²⁹.

- 26 Las decisiones de la Corte Constitucional, en desarrollo de su control abstracto de Constitucionalidad de las leyes, que hacen tránsito a cosa juzgada, son fuente formal de Derecho, y constituyen un criterio obligatorio para los operadores jurídicos. Sobre la definición concreta del concepto de Doctrina Constitucional, pueden consultarse, entre otras, las Sentencias de la Corte Constitucional C-131 de 1993, C-083 de 1995, C-123 de 1995, C-037 de 1996, SU-047 de 1999, C-836 de 2001 y SU-1300 de 2001.
- 27 Sentencia C-570 de 1997. M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Cita original de la Corte Constitucional en la sentencia referida.
- 28 Sentencia C-028 de 1997. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Cita original de la Corte Constitucional en la sentencia referida.
- 29 Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2001, de 22 de agosto de 2001. M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
En igual sentido, cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 14 de septiembre de 2007, rad. 11001-03-28-000-2007-00018-

Ahora bien, dentro de las materias sobre las cuales el Constituyente estableció el Principio de Reserva de Ley en nuestro ordenamiento jurídico, encontramos dos temas, que para nuestro trabajo son coincidentes y complementarios a saber:

- a) La determinación del régimen jurídico en materia de Contratación Estatal: establecida por el artículo 150 superior en su último inciso³⁰, y,
- b) La determinación del régimen jurídico en materia de Servicios Públicos Domiciliarios: establecida por el artículo 367 constitucional.

Nótese, que la determinación del Régimen Jurídico Aplicable al Gestor en los P.D.A., es un tema de estricta Reserva Legal, ya que toca, tanto con la atribución de expedir el Estatuto de Contratación de la Administración Pública³¹, como con aquella de establecer el régimen jurídico de los servicios públicos.

00(00018). M.P.: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN: *"Dentro de la gama de restricciones a las que se enfrenta el Presidente de la República cuando decide ejercer su potestad reglamentaria para desarrollar las leyes expedidas por el Congreso de la República, se encuentra la conocida Reserva Legal, la que se entiende como una técnica que en el ordenamiento constitucional emplea el constituyente para determinar que ciertos temas o determinadas materias solamente pueden ser reguladas directamente por el legislador y que incluso no puedan siquiera ser objeto de la concesión de facultades extraordinarias. Es decir, se trata de temas respecto de los cuales no puede operar la conocida deslegalización, ya sea a través del ejercicio de la potestad reglamentaria de que es titular el Presidente de la República, o bien por virtud de la concesión de las facultades extraordinarias que pro tempore y bajo ciertas reglas pueden entregarse por el legislador al ejecutivo nacional"*.

30 Sobre este punto en concreto concluyó la Corte Constitucional en Sentencia C-491 de 2007: *"Según el último numeral del artículo 150 de la Constitución, corresponde al Congreso, mediante ley expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional. Esta norma confiere al Congreso la facultad de regular la contratación estatal a través de disposiciones generales de contratación o especiales en aquellos casos en los cuales la necesidad y la conveniencia pública lo indiquen. En consecuencia, tal y como lo indica el Procurador, las normas sobre contratación administrativas, generales o especiales, tienen reserva de ley. En otras palabras, las mismas no pueden ser expedidas por el gobierno en ejercicio de facultades reglamentarias"*.

31 En este mismo sentido, cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de septiembre de 2006, rad. 11001-03-26-000-2000-00142-01(19142). M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA: *"No obstante, si bien la Constitución Nacional, como norma general de competencias de las autoridades del Estado colombiano está llamada a ser desarrollada por la ley y el reglamento, existen ciertas potestades que en razón de la trascendental materia de que tratan, se encuentran expresamente definidas en el articulado de la Carta y que son de aplicación directa, motivo por el cual es posible decir que éstas son competencias de rango constitucional. Entre ellas se encuentran las facultades que el constituyente le confirió al Congreso de la República -artículo 150 C.P.- las cuales no pueden ser desconocidas por las otras dos ramas del poder público, ya que de ser así, se estaría en presencia de la figura de usurpación de funciones constitucionales. En ese orden de ideas, cuando la administración opera por fuera de sus competencias asignadas constitucional o legalmente, viola el principio de juridicidad y el acto con el cual ejecuta dicha violación es calificado como un acto antijurídico y se encuentra viciado de nulidad, la cual será declarada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuando sea incoada la acción de nulidad del artículo 84 del C.C.A. (...) Cuando el régimen de contratación estatal, por expresa disposición del artículo 150 inciso final C.P. es de reserva legal, en efecto, el mencionado artículo señala*

Admitir que al Ejecutivo le está dado atribuir el régimen jurídico en materia contractual al Gestor, implicaría aceptar que puede hacerlo respecto de los Departamentos y de las E.S.P., lo que de ser aceptado, significaría cohonestar la procedencia del fenómeno de la deslegalización en un tema donde claramente quedó demostrado en las líneas precedentes, que nuestro ordenamiento superior no lo permite.

El anterior argumento aporta razones suficientes, para demostrar que el Decreto 4548 de 2009, no es una solución válida y de fondo a la controversia sobre el régimen contractual del Gestor de los P.D.A.; no obstante, insistiremos en otras apreciaciones en torno a que dicho decreto no es más que una solución aparente a la misma.

Veamos ahora, porqué es obligatorio concluir que cuando el rol de Gestor del P.D.A. sea asumido por el Departamento, el régimen jurídico de los Contratos que éste celebre, será el contenido en el Estatuto General de Contratación Administrativa.

3.2. UNA CONCLUSIÓN OBLIGATORIA: CUANDO EL GESTOR DEL PLAN ES EL DEPARTAMENTO, SU RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN YA ESTÁ DEFINIDO POR LEY

En líneas precedentes, analizamos que el rol de Gestor puede ser desarrollado por el Departamento. Al referirnos al tema, evidenciamos que cuando ello ocurre, no existe mutación alguna sobre el régimen jurídico ordinario de la entidad territorial. Así las cosas, basta con hacer al respecto, una referencia somera, pero ante todo precisa y necesaria.

Mediante la Ley 80 de 1993³², se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; según voces de su artículo 1.º, la misma tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. Ahora bien, dicha norma, define para sus efectos lo que debe entenderse por entidad estatal, acudiendo para ello a una enumeración de organismos y entidades que recibirán ese calificativo.

Es así como dicha norma en su artículo 2.º, numeral 1.º, literal a), expresamente indica que los Departamentos, estarán regidos por dicho estatuto.

Así las cosas, bajo el entendido que las funciones desarrolladas por el Departamento como Gestor de un P.D.A., en nada alteran su condición de entidad territorial descentralizada con personería jurídica propia de derecho público y desarrollo de funciones propiamente administrativas, fuerza es concluir que, todos los contratos que se pretendan adelantar en el marco de un P.D.A., deben

que le compete al Congreso de la República expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.

32 Diario Oficial 41.094 de 28 de octubre de 1993. Modificada por la Ley 1150 de 2007. Diario Oficial 46.691 de 16 de julio de 2007.

realizarse con total sujeción a la totalidad de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Precisión que resulta importante efectuar, si tenemos en cuenta que el Decreto 4548 de 2009, se refiere a la figura del Gestor, sin distinguir las diferentes entidades que pueden desarrollar dicho rol. Omisión de profundas implicaciones, ya que una interpretación que acuda a la exégesis de su tenor literal, conduciría necesariamente al equívoco de entender que el Departamento cuando actúe como Gestor deba aplicársele el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, en razón a lo dispuesto por artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 y no por lo señalado en el artículo 2.º, numeral 1, literal a) de la Ley 80 de 1993.

Dicho lo anterior, abordaremos lo referente a si el Decreto 4548 de 2009, señala inequívocamente, que el régimen contractual de los Gestores es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

3.3. UN SOFISMA: PRESUNTA REMISIÓN AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA CUANDO EL GESTOR ES UNA E.S.P. REMISIÓN A UNA NORMA QUE EXCEPTÚA SU APLICACIÓN

Ahora resulta importante detenernos en otro cuestionamiento. Si la intención del Gobierno Nacional era precisar que los contratos de los Gestores debían adelantarse con sujeción al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública³³, ¿por qué razón el Decreto 4548 de 2009, remite al artículo 14 de la Ley 1150 de 2007³⁴, el cual, tiene por objeto exceptuar del régimen general de contratación a algunas entidades?

Consideramos que, manifestar, como lo hizo el Gobierno Nacional, que en virtud del Decreto 4548 de 2009, a la contratación de los Gestores se le aplica el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública al expedir el Decreto 4548 de 2009, no es una conclusión del todo cierta.

33 Aunque claramente, consideramos que ello no es de su competencia tal como se desprende del Apartado 2.1.1. del presente escrito.

34 Ley 1150 de 2007. Artículo 14. *"Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.*

El régimen contractual de las empresas que no se encuentren exceptuadas en los términos señalados en el inciso anterior, será el previsto en el literal g) del numeral 2.º de la presente ley".

Lo anterior, lleva a pensar que la finalidad de dicho decreto, de pretender zanjar la discusión existente en torno al régimen de contratación del Gestor, señalando que ésta debía adelantarse con sujeción al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, era nada más que aparente, era, en realidad, un sofisma³⁵.

Lo anterior, por cuanto, lo que hace la norma es remitir al artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, lo que ofrece los siguientes reparos:

- a) El artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, se refiere a empresas de naturaleza industrial y comercial, lo que lo convierte inaplicable a los Gestores ya que las funciones de éstos no son de tipo industrial ni comercial.
- b) La finalidad del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 es precisamente exceptuar la aplicación del Estatuto General de Contratación Administrativa, ya que claramente señala que el régimen de contratación estatal no aplica cuando las empresas industriales y comerciales estén en competencia con el sector privado, o estén dentro de un mercado regulado, lo cual es la regla general en las empresas que desarrollan actividad industrial y comercial.
- c) De conformidad con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, a las empresas industriales y comerciales que no encuadren dentro de la propia excepción de dicha norma, no se les aplican las normas generales de las Leyes 80 y 1150, sino, concretamente, lo previsto en el literal g) del numeral 2.º del artículo 2.º de la última³⁶.

De lo anterior, resulta claro que surge la imperiosa necesidad de construir una solución en torno a cuál debe ser el tratamiento a los contratos que celebre el Gestor en desarrollo de un P.D.A.; a dicho propósito, dedicaremos las siguientes líneas de este trabajo.

35 Utilizamos aquí el significado corriente de la expresión, según el DRAE "Sofisma. (Del lat. *Sophisma*). Razón o argumento aparente con que se quiere defender o persuadir lo que es falso".

36 Artículo 2.º De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...)

2. Selección abreviada. La selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

(...)

g) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

4. UNA SOLUCIÓN CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLE

Finalmente, resulta importante presentar a modo de conclusión, una solución constitucional y legalmente admisible sobre el régimen de contratación en desarrollo de los P.D.A., para lo cual son relevantes las siguientes precisiones:

Los eventos en que puede desarrollarse la contratación en desarrollo de los P.D.A. son tres, a saber:

- i) La contratación realizada por el Gestor, cuando dicho rol lo asuma el Departamento.
- ii) La contratación realizada por el Gestor, cuando dicho rol lo asuma una E.S.P., que reúna la totalidad de los requisitos exigidos por el artículo 12 del Decreto 3200 de 2008³⁷.
- iii) La contratación realizada por el operador de servicios públicos del Municipio, de conformidad con lo señalado en el artículo 7.º del Decreto 3200 de 2008³⁸.

Así las cosas, al intentar definir el régimen contractual aplicable en desarrollo de los P.D.A. deben analizarse en concreto cada uno de dichos supuestos.

4.1 CONTRATOS REALIZADOS POR EL DEPARTAMENTO CUANDO ACTÚA COMO GESTOR. APLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Tal como se señaló en el apartado 2.1.2 precedente, esta es la conclusión a la que debe llegarse al darle aplicación al artículo 2.º de la Ley 80 de 1993, bajo el entendido que las funciones desarrolladas por el Departamento como Gestor de un P.D.A., en nada alteran su condición de entidad territorial descentralizada con personería jurídica propia de derecho público y desarrollo de funciones propiamente administrativas.

4.2. CONTRATOS REALIZADOS POR EL GESTOR E.S.P. APLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Tal como lo manifestamos en líneas precedentes, consideramos que la interpretación correcta del artículo 12 del Decreto 3200 de 2008, en lo referente a cuándo puede una E.S.P. departamental asumir el rol de Gestor, impone, necesariamente, tomar como punto de partida que la respectiva E.S.P., efec-

37 Cfr. Apartado 1 del presente escrito.

38 Decreto 3200 de 2008. "Artículo 7.º Contratación. Los procesos de contratación que se adelanten en desarrollo de un P.D.A. FASE II con cargo a los recursos de los actores del P.D.A. podrán ser adelantados por el Gestor del P.D.A. o el(los) operador(es) de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado y/o aseo que preste(n) en el municipio o grupo de municipios beneficiarios del proyecto, lo anterior observando lo previsto en el contrato de fiducia mercantil y las normas que resulten aplicables".

tivamente preste servicios públicos domiciliarios, bien sea de acueducto, alcantarillado o aseo.

Ahora bien, surgiría así el interrogante referido a si el contrato de dicho Gestor E.S.P., que presta en efecto Servicios Públicos Domiciliarios y cumple los requisitos del artículo 12 del Decreto 3200 de 2008, debe adelantarse bajo el régimen del Estatuto General de Contratación Administrativa, o puede ser adelantado con sujeción a las disposiciones que sobre el particular consagran la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001.

Consideramos que, analizadas las funciones propias del rol de Gestor, las mismas claramente tienen una connotación esencialmente administrativa, ajena a la dinámica económica sectorial de los Servicios Públicos, que es la que sirve de justificación a la aplicación de un régimen contractual diferencial a las entidades prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios (E.S.P.) respecto de las demás entidades administrativas.

Por lo anterior, aún si el Gestor E.S.P., presta servicios públicos domiciliarios, cuando actúe como Gestor, adelanta funciones administrativas que deberán, para temas contractuales, adelantarse dentro de los parámetros establecidos por el Estatuto General de Contratación Administrativa.

Posición esta que tiene un punto de encuentro con la argumentación que ha venido haciendo carrera al interior de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en el sentido de concluir que la contratación del Gestor debe hacerse con arreglo a las Leyes 80 y 1150 de 2007³⁹.

Aunque necesariamente algo que debe recalarse para tomar distancia de la postura de la Superintendencia, es lo atinente a que dicha interpretación se circunscribe por el ente de inspección y vigilancia a los eventos en los que el Gestor E.S.P., no preste servicios públicos domiciliarios.

Frente a ello ya sentamos nuestra posición, considerando que la posibilidad que exista una E.S.P. que no preste servicios públicos es contradictoria en sí misma.

Lo anterior, nos permite a su vez disentir con razón respecto de un aspecto que de la interpretación de la Superintendencia podría derivarse, y es que siguiendo la argumentación de la Superintendencia, podría equivocadamente pensarse que cuando el Gestor E.S.P. en efecto preste un servicio público esté avalado para contratar bajo el régimen de derecho privado.

Como dijimos, las funciones originadas en el rol de Gestor son esencialmente administrativas y no tienen connotación económica, por lo cual no pueden exceptuarse del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues en lo derivado de las mismas, no existe competencia con el sector privado, razón por la cual no es procedente aplicar las normas sobre

39 Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Conceptos 255, 480, 488 de 2009 y 168 de 2010, entre otros.

régimen contractual de la Ley 142 de 1994, las cuales, se reitera, se justifican en la necesidad que la Administración compita en condiciones de equidad con el sector privado.

4.3. CONTRATOS DESARROLLADOS POR EL OPERADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL MUNICIPIO. RÉGIMEN ESPECIAL SEÑALADO POR LA LEY 142 DE 1994

Finalmente, resta referirnos al supuesto de hecho contemplado por el artículo 7.º del Decreto 3200 de 2008 referente a la posibilidad que los contratos en desarrollo de los P.D.A. puedan ser adelantados por el operador de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado o aseo que los preste en el municipio o grupo de municipios beneficiarios del proyecto.

Consideramos que cuando ello ocurra, el operador no actúa como Gestor, sino en razón a su propia condición de prestador del servicio, razón suficiente para que en estos eventos sí pueda contratarse bajo el régimen especial establecido por las Leyes 142 de 1994 y 689 de 2001, toda vez que será dicho prestador, quien como beneficiario del proyecto, directamente lo ejecute; en tal evento, al estar la celebración del contrato, directamente relacionada con su objeto social de prestación de servicios públicos domiciliarios, en ese caso se encuentra justificada la contratación bajo régimen de derecho privado, naturalmente, actuando siempre y en todo momento bajo los principios generales de la actividad administrativa del artículo 209 de la Carta Política.

CONCLUSIONES

La estructura normativa sobre la cual se edifican los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento Básico, no es acorde a la importancia que la implementación de éstos representa para el sector de los servicios públicos domiciliarios, pues en primer término, las disposiciones de naturaleza y rango tanto formal como material de ley, están ausentes en gran medida en el proceso de consolidación de la reforma.

Al fundamentarse la mayor parte de la reforma en normas de naturaleza reglamentaria, se corre el riesgo de violentar el reparto funcional de competencias inherente a todo Estado Social de Derecho, atentando contra los principios democráticos y de separación de poderes.

La *tensión* entre la aplicación de normas propias de derecho privado o de derecho público, existente en el sector de los servicios públicos domiciliarios, encuentra uno de sus puntos más álgidos en lo que al régimen de contratación del Gestor respecta, donde los esfuerzos por resolver dicha controversia mediante parámetros normativos no son más que aparentes.

No obstante la indeterminación normativa existente en los P.D.A. sobre el régimen de contratación aplicable al Gestor, es posible darle a dicho interro-

gante una respuesta constitucional y legalmente admisible, que conjugue las corrientes de liberalización del sector, con la inherencia de la actividad a la función social del Estado y que ante todo proteja los recursos públicos.

BIBLIOGRAFÍA

ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO. *Servicios Públicos Domiciliarios, Proveedores y Régimen de Controles*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, reimpresión, 2009.

ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO; CÁRDENAS URIBE, JULIO CÉSAR. *Régimen jurídico: empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO. *Régimen de los servicios públicos domiciliarios: en el contexto de la doctrina constitucional*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 2008.

CÁRDENAS URIBE, JULIO CÉSAR. "Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios", *Serie: Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría, 1963-2003*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 172 p.

MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

PALACIO HINCAPIÉ, JUAN ÁNGEL. *Régimen contractual colombiano de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 2006.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003.