

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

OFICINA ASESORA JURÍDICA

CONCEPTO UNIFICADO 11

Nota General. Los Planes Departamentales de Agua parte de un supuesto de responsabilidad de los municipios de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios, cuando no existen empresas interesadas en dicha prestación. De este modo entraremos a desarrollar los objetivos que se persiguen al momento de establecer un plan departamental de agua, las normas que rigen su desarrollo, características, definición, obligaciones, participantes, estructuración financiamiento y utilidades.

Concordancias. Concepto 770 de 2016.

MARCO JURÍDICO PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y DESARROLLO DE LOS PLANES DEPARTAMENTALES DE AGUA.

1.INTRODUCCIÓN

La prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en los últimos años, no ha tenido la misma dinámica de otros sectores como los de energía eléctrica y gas combustible. Su prestación, sobre todo en lo concerniente a los servicios de acueducto y alcantarillado, sigue estando en manos de Entidades estatales y, con excepción de algunas ciudades grandes y medianas, en municipios pequeños todavía hay grandes deficiencias en coberturas y calidad.

En ese escenario, una solida regulación en el sector de agua potable y saneamiento básico adquiere un papel cada vez más relevante como medio para fortalecer el liderazgo estatal frente a la garantía de prestación de los citados servicios.

Teniendo en cuenta lo anterior, con el objeto de garantizar los derechos constitucionales fundamentales de los usuarios y permitir que el acceso a los servicios públicos se produzca en condiciones de equidad, el Estado, con la dirección del Gobierno Central, ha emprendido acciones tendientes al logro de estos objetivos, entre ellos la modernización de los esquemas vigentes, en beneficio del Estado mismo y de los usuarios de los respectivos servicios.

Bajo dicho contexto, la reciente adopción del esquema de Planes Departamentales de Agua – PDA – sirve al anterior propósito, dado que a través de la correcta implementación de dichos planes se garantizará, a futuro, el acceso de todos los habitantes del territorio nacional a los servicios de agua potable y saneamiento básico.

El esquema planteado en los Planes Departamentales de Agua parte de un supuesto de responsabilidad de los municipios de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios, cuando no existen empresas interesadas en dicha prestación. Bajo esa premisa, se plantea un esquema asociativo departamental que tiene como objetivo el garantizar la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en al menos 670 municipios que, a la fecha, continúan prestando dichos servicios de manera directa.

En el anterior marco, la comprensión de los esquemas jurídicos y regulatorios que deben enmarcar a los PDA se convierte en un asunto de relevante importancia, teniendo en cuenta que en la actualidad existen por lo menos veinte (20) proyectos de implementación de dichos planes en fase avanzada y un número igualmente importante en fase de estudio.

En esa medida, el propósito del presente artículo será el de precisar cuál es el marco jurídico de referencia de los PDA, señalando, además, cuáles son los elementos que permiten deducir la posibilidad de dichos planes a la luz de lo dispuesto en la Constitución Política y en la Ley 142 de 1994.

2. OBJETIVOS DEL ESTADO EN LA INTERVENCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

La actividad empresarial en Colombia se rige por lo dispuesto en la Constitución Política sobre libertad de empresa y libre competencia económica (artículos 333, 336, 365, 366, 367, 368, y 369), dentro de los límites del bien común.

Sin embargo, el Estado, como Director supremo de la economía, interviene por mandato de la ley, entre otros propósitos, con el fin de garantizar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los servicios básicos. (C.P. Art. 334) Dicha intervención, desde un punto de vista instrumental, se realiza a través de las leyes expedidas

para el efecto por el Congreso de la República, por los Decretos que expide el Gobierno Nacional y por las normas que expiden las Comisiones de Regulación. Igualmente, un instrumento de intervención es la vigilancia, inspección y control que se ejerce a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 142 de 1994, la intervención del Estado en los servicios públicos tiene entre otras finalidades, garantizar la calidad y continuidad en la prestación de los servicios, la ampliación permanente de la cobertura y la atención prioritaria en materia de agua potable y saneamiento básico.

Estos últimos objetivos, coinciden con los contemplados en la propuesta de los Planes Departamentales de Agua, razón por la cual el estudio de dichos planes se constituye en un hecho de singular importancia para la comprensión de la política del Estado colombiano en materia de agua potable y saneamiento básico.

3. DOCUMENTO CONPES 3463 DE 2007 – ESQUEMA DE PLANES DEPARTAMENTALES DE AGUA.

3.1. Objetivo de los Planes Departamentales de Agua.

El Artículo 365 de la Carta Política, dispone que los servicios públicos, entre ellos los domiciliarios, se pueden prestar por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. En cuanto a la prestación directa, la propia Constitución en su Artículo 367, introduce la idea que tal prestación tenga carácter excepcional por parte de los municipios.

En desarrollo de esos mandatos, la Ley 142 de 1994 estableció que la prestación de los servicios debe llevarse a cabo a través de empresas de servicios públicos (E.S.P.) constituidas por acciones, así como por organizaciones autorizadas en zonas rurales o en áreas urbanas específicas.

Además, por esas mismas razones, la Ley 142 de 1994 estableció dos regímenes de transición. El del Artículo 180 para la transformación de empresas descentralizadas que venían prestando servicios públicos, y que de conformidad con el parágrafo del Artículo 17 de la Ley 142 de 1994 tenían dos opciones; convertirse en empresas de servicios públicos por acciones sometidas al régimen previsto en el Artículo 19 de esa ley o adoptar la forma de empresas industriales y comerciales del Estado. El otro régimen, el del Artículo 182 ídem,

para que la Nación o las entidades territoriales que venían prestando de manera directa un servicio público, crearan empresas de servicios públicos.

Conforme a lo dicho, solo en casos excepcionales los municipios pueden prestar de forma directa los servicios, pues su obligación era crear nuevas empresas de servicios públicos para los que lo venían haciendo de manera directa antes de la expedición de la Ley 142 de 1994. Después de la expedición de la Ley 142 de 1994, sólo pueden hacerlo aquellos municipios que no eran prestadores directos pero que en aras de garantizar la prestación agotaron el proceso de invitación pública a E.S.P., a otros municipios, al Departamento, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una E.S.P (Artículo 6, Ley 142 de 1994).

4. DOCUMENTO CONPES 3463 DE 2007 – ESQUEMA DE PLANES DEPARTAMENTALES DE AGUA.

4.1. Objetivo de los Planes Departamentales de Agua.

La Ley 142 de 1994 estableció que la prestación de los servicios debe llevarse a cabo a través de empresas de servicios públicos (E.S.P.) constituidas por acciones, así como por organizaciones autorizadas en zonas rurales o en áreas urbanas específicas.

De igual forma, como se ha visto, solo en casos excepcionales los municipios pueden prestar de forma directa los servicios, una vez se hayan agotado procesos de invitación pública a E.S.P., a otros municipios, al Departamento, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una E.S.P (Artículo 6, Ley 142 de 1994).

Sin embargo, se estima que alrededor de 670 municipios, de 1120 que tiene el país (59.87%), continúan prestando los servicios de acueducto y alcantarillado de manera directa, lo que denota la inexistencia de estructuras empresariales eficientes, que puedan garantizar la prestación de los anotados servicios en gran parte del país. Lo anterior, conduce a que en muchos casos la infraestructura existente se desaproveche, a que la prestación sea ineficiente en tanto está encomendada a estructuras que lejos de ser empresariales son políticas y a que los recursos aportados por el Estado se dispersen por la existencia de una gran cantidad de prestadores atomizados.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Documento CONPES 3463 de 2007 propone la implementación de esquemas departamentales de prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, a través de la unión voluntaria de los municipios y sus infraestructuras de prestación, con el objetivo de que dichos esquemas regionales permitan articular planes integrales de inversión que hagan parte de compromisos reales de gestión empresarial.

En esa medida, las estructuras constituidas asumirían las labores de gestión de la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico departamentales, a través de la selección de empresas operadoras especializadas encargadas de labores de prestación y ejecución de recursos, de acuerdo con las prioridades de gasto e inversión que se hayan determinado por el gestor departamental, generando con ello economías de escala bajo estructuras empresariales descentralizadas, modernas y eficientes.

Por medio del Documento CONPES 3463 de 2007, el DNP, con la colaboración del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial MAVDT, desarrolló un esquema tendiente a mejorar la cobertura y la calidad de la prestación de los servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, teniendo en cuenta la ineficiente prestación de dichos servicios en múltiples rincones de la geografía nacional.

La estrategia señalada en el citado CONPES, consta de diferentes fases a ser desarrolladas de manera conjunta por diversos entes del Estado, pero bajo la dirección y organización de los Gobernadores de cada departamento y de las estructuras departamentales constituidas para tal fin. En esa medida, una vez implementadas dichas estructuras, los PDA deben desarrollar (i) una etapa de diagnóstico y estructuración y (ii) una fase de implementación y seguimiento que requiere la selección de un operador que se encargue de la prestación de los servicios públicos domiciliarios en los municipios objeto del PDA.

En el marco señalado, se puede deducir que el objetivo del documento CONPES al que se ha hecho referencia, no es otro que el de permitir una adecuada prestación de servicios públicos domiciliarios, en aquellas zonas en donde los municipios aún continúan prestando dichos servicios, bajo esquemas politizados y con altos índices de ineficiencia.

El anterior objetivo no sólo se enmarca dentro de las metas planteadas por el Estado Colombiano en el actual Plan Nacional de Desarrollo,⁶ sino que debe ser entendido desde una perspectiva de derechos humanos, en donde el derecho al agua se establece como parte del mínimo vital al que tienen derecho todas las personas sin consideración alguna a sus circunstancias particulares.

Sin embargo, el desarrollo de los PDA, a la luz de lo señalado en el documento CONPES (que no pasa de ser un instrumento de señalamiento de políticas de eficiencia), debe armonizarse a los requerimientos constitucionales, legales y reglamentarios en materia de servicios públicos domiciliarios, que se encuentran condensados, principalmente, en la Constitución Política y en la Ley 142 de 1994, además de cumplir con lo preceptuado en el

Decreto 3200 de 2008, por medio del cual se dictan normas sobre Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento y se dictan otras disposiciones.

5. 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.

Teniendo en cuenta los objetivos esbozados en el Documento CONPES 3463 de 2007, y en desarrollo de los artículos 6o, 91, 92, 93, 94 y 118 de la Ley 1151 de 2007 y 3o, 10 y 12 de la Ley 1176 de 2007, el Gobierno Nacional expidió el Decreto reglamentario número 3200 de 2008, por medio del cual se dictan normas sobre Planes Departamentales de Agua y se dictan otras disposiciones.

En este Decreto, se definen de manera concreta a los PDA, sus principios y objetivos, su estructura organizativa y las funciones estructurales que le competen a su organización, sus fases de implementación, sus fuentes de recursos, y los procedimientos para la identificación y selección de proyectos a ser ejecutados en su seno, entre otras disposiciones.

Teniendo en cuenta la anterior estructura temática, procederemos al análisis de la misma de la siguiente manera:

5.1. Definición, principios y objetivos de los Planes Departamentales de Agua.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo primero del Decreto 3200 de 2008, los Planes Departamentales de Agua (...) 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.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los principios orientadores de los PDA, se tiene que los mismos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto citado son los de:

- (i) Prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico en zonas urbanas y rurales,
- (ii) Transparencia, publicidad y eficiencia en el manejo de los recursos del sector,

- (iii) Solidaridad, sostenibilidad, eficiencia económica y suficiencia financiera, (iv) Acuerdo de voluntades,
- (v) Coordinación interinstitucional,
- (vi) Articulación integral de recursos,
- (vii) Planificación sectorial y desarrollo sostenible, y
- (viii) Reconocimiento de los diversos niveles de desarrollo del sector al interior del departamento y sus municipios.

Respecto de los objetivos de los PDA, se tiene que estos se encuentran enumerados en el artículo 3 del Decreto 3200 de 2008, de la siguiente manera:

“Artículo 3o.

Objetivos. Son objetivos básicos de los PDA, los siguientes:

1. Contribuir al cumplimiento de las metas sectoriales contempladas en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, definidos en el Documento CONPES - SOCIAL 091 de 2005, y los que lo modifiquen o adicionen; así como en los Planes de Desarrollo Territoriales.
2. Promover y consolidar la efectiva coordinación interinstitucional entre los diferentes participantes del PDA.
3. Promover estructuras operativas que generen economías de escala en la formulación e implementación de los PDA.
4. Promover y consolidar procesos de transformación empresarial y fortalecimiento institucional.
5. Fomentar y consolidar esquemas regionales buscando economías de escala en la prestación de los servicios.
6. Contribuir con el saneamiento ambiental.
7. Articular y focalizar las diferentes fuentes de financiamiento para la implementación del PDA.
8. Facilitar el acceso a esquemas eficientes de financiación para el sector.
9. Optimizar el control sobre la asignación y ejecución de recursos y proyectos.
10. Fomentar una adecuada planeación de inversiones y la formulación de proyectos integrales.
11. Articular el desarrollo de proyectos con las políticas de desarrollo urbano.
12. Buscar la pluralidad de oferentes y la publicidad en los procesos de contratación”.

Como puede verse, en resumen, los Planes Departamentales de Agua son, en esencia, una estructura organizativa departamental, que busca la adecuada prestación de los servicios

públicos de agua potable y saneamiento básico, teniendo en cuenta una planeación centralizada e incluyente, y en donde se maximiza la utilidad de recursos comunes.

5.2.1 Participantes y mecanismos de Ingreso

De conformidad con lo señalado en el artículo 4 del Decreto 3200 de 2008, en los Planes Departamentales de Agua existen dos (2) tipos de participantes; por una parte, los actores, que son las entidades estatales participantes de la coordinación interinstitucional de los PDA; por la otra, los vinculados, que son las personas jurídicas de derecho público, privado o mixto que, previa aprobación de ingreso por parte del Comité Directivo de los PDA, aportan al Plan recursos financieros, técnicos y/o humanos.

Los participantes actores, sin los cuales no sería posible la implementación de los PDA, son (i) el Departamento, (ii) los municipios y distritos, (iii) el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial – MAVDT, (iv) el DNP, y (v) las autoridades ambientales con jurisdicción en los municipios participantes en el PDA.

Teniendo en cuenta el contexto de desarrollo de los Planes Departamentales de Agua como estructuras organizativas y coordinadas desde el nivel departamental con el apoyo de la Nación, se considera que para la implementación de dichas estructuras sean sujetos necesarios el departamento, los municipios y distritos (que libremente pueden decidir su participación en el PDA), el MAVDT y el Departamento Nacional de Planeación – DNP.

Respecto de las autoridades ambientales territoriales, consideramos que su participación no es obligatoria teniendo en cuenta que el ámbito de sus funciones, si bien es necesario, no es determinante en el desarrollo de los PDA. Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 3200 de 2008, que dispone de manera expresa lo siguiente:

“Artículo 17. Participación de las autoridades ambientales en un PDA. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 91 de la Ley 1151 de 2007, aquellas autoridades ambientales interesadas en participar de un PDA deberán suscribir un convenio con el Departamento respectivo en el cual se determine la forma como la autoridad ambiental participará del PDA precisando las actividades que se compromete a desarrollar, los recursos que destinará para cumplir con los compromisos adquiridos, así como los demás aspectos necesarios para asegurar una adecuada articulación de la autoridad ambiental con el PDA y sus estructuras operativas. (Subrayas y negrillas fuera de texto)”

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los mecanismos de ingreso a un PDA, se tiene que los municipios y distritos deben cumplir con una serie de pasos descritos en el artículo 16 del Decreto 3200 que son, básicamente, los siguientes:

(I) Discusión y aprobación de un acuerdo municipal en donde se autorice el ingreso del ente territorial al PDA, y en donde se autorice al respectivo alcalde para tomar las decisiones que correspondan en relación con la infraestructura municipal de prestación, para comprometer vigencias futuras y contratar empréstitos que garanticen la ejecución y desarrollo de los PDA, para comprometer recursos del Sistema General de Participaciones en sus componentes de agua potable y saneamiento básico, para celebrar contratos fiduciarios de manejo de recursos y de vinculación de operadores especializados, y para disponer de recursos adicionales, cuando ello resulte necesario.

(II) Celebración de un convenio entre el Alcalde, como autoridad municipal, y el gestor (figura que explicaremos al momento de abordar lo pertinente a la estructura organizativa de los PDA), mediante el cual el municipio se hace partícipe del PDA.

(III) Celebración de un contrato suscrito por el Alcalde, mediante el cual implementa el esquema fiduciario para el manejo de recursos, en el evento que se requiera.

(IV) Acreditación del aporte de recursos municipales al cierre financiero en el marco del PDA, y autorización del giro directo de los recursos comprometidos al respectivo esquema fiduciario.

Es importante tener en cuenta que el párrafo del artículo citado, señala que cuando un municipio cuente con uno o varios operadores especializados para la prestación de los servicios de acueducto y/o alcantarillado y/o aseo, el Comité Directivo del PDA podrá determinar si para efectos de su participación en el PDA dicho municipio puede prescindir de alguno de los requisitos antes señalados. Esta determinación es de gran importancia, en la medida en que a través de ella se busca garantizar los derechos de prestadores establecidos (incumbentes), con contratos de concesión, operación, gestión o similares, sobre la infraestructura municipal de prestación de servicios.

Frente a las autoridades ambientales, tal cual lo dispone el artículo 17 antes transcrito, la vinculación de estas al PDA se hace a través de convenio con el Departamento, en el que deben establecerse de manera clara los compromisos de las partes respecto del PDA.

Por último, frente al ingreso del DNP y de los participantes vinculados, debe señalarse que el Decreto analizado no trae ninguna consideración; sin embargo, creemos que en el caso del DNP, el ingreso debe ser análogo al de las autoridades ambientales, por lo que consideramos que se requiere de un convenio en el que se establezcan los compromisos de

las partes en relación con el PDA; en lo que tiene que ver con las personas jurídicas vinculadas, creemos que además del

acto de aprobación previa por parte del comité directivo a que se refiere el artículo 4 del Decreto 3200 de 2008, se requiere también de un convenio que permita determinar el alcance de la participación, así como los compromisos concretos y recíprocos que delimiten la misma.

5.2.2 Estructura Organizativa de los Planes Departamentales de Agua – Órganos y funciones

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 4 del Decreto 3200 de 2008, concordante con el artículo 8 del mismo cuerpo reglamentario, la estructura operativa de los PDA, deberá contar con: (i) un Comité Directivo, (ii) un Gestor, (iii) una Gerencia Asesora, y (iv) un Esquema Fiduciario para el manejo de los recursos.

Frente al primero de los órganos citados, es decir, el Comité Directivo, se tiene que el mismo es la máxima instancia de decisión y coordinación interinstitucional al interior del PDA. Respecto de la integración y funcionamiento de dicho Comité, el artículo 9 del Decreto 3200 dispone lo siguiente:

“Artículo 9o.

Comité Directivo. El Comité Directivo es la máxima instancia de decisión y coordinación interinstitucional del PDA. Se integrará de la siguiente manera:

- El Gobernador quien no podrá delegar su participación.
- Un (1) delegado del Gobernador, responsable de los asuntos relacionados con los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en el departamento.
- Dos (2) alcaldes en representación de los municipios y/o distritos participantes del PDA. Dichos alcaldes serán elegidos por mayoría simple entre los alcaldes de los municipios y/o distritos participantes del PDA, atendiendo criterios de distribución regional.
- Un (1) delegado del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial - MAVDT.
- Un (1) delegado del Departamento Nacional de Planeación - DNP.
- Un (1) delegado de cada autoridad ambiental con jurisdicción en los municipios del departamento respectivo, siempre y cuando dicha autoridad ambiental haya suscrito el convenio de que trata el artículo 17 del presente decreto. El delegado de la autoridad ambiental podrá ejercer el derecho al voto cuando en la respectiva sesión se discutan 18 proyectos de saneamiento ambiental que cuenten con financiación de dicha autoridad ambiental.

En ningún caso, se entenderá que la autoridad ambiental renuncia al ejercicio de las funciones que le otorga la ley en materia de disposición, administración, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables.

Asistirán como miembros permanentes, con voz pero sin voto:

- El Gestor.
- La Gerencia Asesora, y
- Un (1) representante del esquema fiduciario para el manejo de recursos.
- El Vicepresidente de la República o su delegado.

Parágrafo 1o. Para la primera sesión del Comité Directivo, el Gobernador deberá convocar a los alcaldes para que estos adelanten el proceso de elección de sus representantes. El Gobernador publicará la convocatoria por una sola oportunidad en un diario de amplia circulación regional o nacional con cinco (5) días hábiles de anterioridad a la fecha de realización de la elección. Surtido el proceso de elección, los alcaldes informarán al Gobernador los representantes que resulten elegidos. Si transcurridos diez (10) días hábiles desde el momento en que el Gobernador hubiese realizado la publicación de la convocatoria, los alcaldes no informaren quiénes son los representantes elegidos, los mismos serán asignados por el Gobernador para que asistan a la respectiva sesión.

Parágrafo 2o. Cuando en el Comité Directivo se tomen decisiones en relación con planes de obras e inversiones, proyectos específicos, estrategia de fortalecimiento y/o de transformación institucional, relacionados con una entidad territorial o grupo de entidades territoriales en particular, los respectivos alcaldes podrán asistir como invitados a la sesión del Comité Directivo donde se traten los temas de su interés.

Parágrafo 3o. El Comité Directivo se reunirá de manera ordinaria por lo menos una vez cada dos meses. En cualquier caso, la Secretaría Técnica podrá convocar al Comité Directivo cuando lo considere necesario. Esta convocatoria podrá ser realizada por solicitud del Gobernador o del MAVDT o del Gestor o de la Secretaría Técnica.

Parágrafo 4o. Sólo serán válidas las sesiones del Comité Directivo donde se cuente con la participación presencial o no presencial de por lo menos:

- i) El Gobernador
- ii) Un alcalde que sea miembro del Comité Directivo
- iii) El delegado del MAVDT
- iv) El Gestor
- v) La Gerencia Asesora.

En cualquier caso para la toma de decisiones se aplicará la regla de mayoría simple. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 6o del presente artículo.

Parágrafo 5o. Todas las decisiones del Comité Directivo quedarán consignadas en actas que serán firmadas por el Presidente elegido en la respectiva sesión y por la Secretaría Técnica.

Parágrafo 6o. En los siguientes casos se requerirá el voto favorable del delegado del MAVDT y del Gobernador, para la adopción de la respectiva decisión:

1. Aprobación del Manual Operativo del PDA y sus modificaciones.
2. Aprobación de los lineamientos y parámetros generales de contratación.
3. Aprobación del Plan Anual Estratégico y de Inversiones y sus modificaciones. Dicho Plan Anual Estratégico y de Inversiones deberá señalar como mínimo las fuentes de financiación del PDA y las inversiones a realizar entre las cuales se incluirán proyectos de inversión, esquemas de modernización empresarial, fortalecimiento institucional, consultorías y en general aquellas necesarias para el cumplimiento de las metas del PDA”.

Respecto de las funciones del comité directivo del PDA (Art. 10 Decreto 3200/08), se tiene que estas son, principalmente, las siguientes:

(i) Aprobar, con base en la propuesta elaborada por el Gestor con el apoyo de la Gerencia Asesora, y los lineamientos del MAVDT, el manual operativo del PDA¹¹ y las modificaciones al mismo que resulten necesarias. Una vez aprobado, el manual aprobado deberá adoptarse por medio de decreto del respectivo Gobernador,

(ii) Dar las instrucciones, hacer los requerimientos y tomar las decisiones necesarias para implementar la política de agua potable y saneamiento básico, y alcanzar los objetivos del PDA en el respectivo Departamento.

(iii) Revisar y ajustar las metas del PDA de acuerdo con las fuentes de financiación disponibles,

(iv) Aprobar la participación en el PDA de las personas naturales o jurídicas interesadas en vincularse al mismo,

iv) Aprobar la participación en el PDA de las personas naturales o jurídicas interesadas en vincularse al mismo,

(v) Aprobar, con base en la propuesta que prepare el Gestor con el apoyo de la Gerencia Asesora, los esquemas de transformación empresarial y/o fortalecimiento institucional para cada Municipio y/o Distrito participante del PDA,

(vi) Aprobar y/o modificar el plan anual estratégico y de inversiones del PDA presentado por el Gestor con el apoyo de la Gerencia Asesora,

(vii) Aprobar, con base en la propuesta preparada por el Gestor con el apoyo de la Gerencia Asesora, y teniendo en cuenta el universo de proyectos identificados en desarrollo del diagnóstico técnico base y/o de las audiencias públicas consultivas, la priorización de proyectos a desarrollarse en cada municipio o grupo de municipios y/o distritos participantes del PDA. (Una vez aprobada la priorización de proyectos, estos deberán ser presentados por el Gestor para viabilización a través del mecanismo de Ventanilla Única),

(viii) Aprobar en forma definitiva el inicio del proceso de contratación de los proyectos viabilizados a través del mecanismo de ventanilla única,

(ix) Establecer los lineamientos y parámetros generales que deberá observar la Gerencia Asesora para la preparación de los documentos de contratación, y con base en los cuales deberán adelantarse los procesos contractuales del PDA FASE II,

(x) Aprobar, con base en el convenio suscrito entre la autoridad ambiental participante y el Departamento respectivo, la propuesta presentada sobre los esquemas de trabajo y articulación de dicha autoridad ambiental con los demás participantes del PDA, así como las modificaciones a dichos esquemas que resulten necesarios, previa concertación con el Gestor,

(xi) Solicitar al representante del esquema fiduciario para el manejo de recursos, informes sobre el estado de ejecución y manejo de los recursos del PDA,

(xii) Solicitar al Gestor informes de avance sobre el cumplimiento de las metas del PDA,

(xiii) Darse su propio reglamento, y

(xiv) Las demás necesarias para implementar el PDA.

Por último, frente a este primer órgano estructural del PDA, debe señalarse que el mismo contará con una secretaría técnica a cargo de la gerencia Asesora del PDA, cuyas funciones se encuentran señaladas en el artículo 11 del Decreto 3200 de 2008.

Frente al segundo de los órganos estructurales del PDA, es decir, el Gestor, debe señalarse que este es el encargado de la gestión, implementación y seguimiento a la ejecución del PDA. Dicho Gestor puede ser, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 3200, (a) una empresa de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo del orden departamental, que en sus estatutos permita la vinculación como socios de los municipios y/o distritos del Departamento que lo soliciten; o (b) el Departamento.

Las funciones del Gestor son, de conformidad con el citado artículo 12, las siguientes:

1. (...)Desarrollar las acciones necesarias para alcanzar el cumplimiento de los objetivos de la política del sector de agua potable y saneamiento básico, y la observancia de los principios y el cumplimiento de los objetivos y las metas del PDA en el territorio del Departamento respectivo
2. Garantizar la adecuada implementación del PDA.
3. Coordinar las acciones de los participantes del PDA.
4. Ser el interlocutor ante los participantes del PDA.
5. Garantizar el cumplimiento de lo previsto en el manual operativo del PDA.
6. Mantener actualizado el diagnóstico técnico base e implementar un sistema de información que facilite el seguimiento al avance del PDA.
7. Adelantar las gestiones necesarias para una efectiva difusión del PDA ante la comunidad.
8. Acatar las instrucciones dadas por el Comité Directivo del PDA, y tomar las medidas necesarias para su cumplimiento.
9. Dar las instrucciones necesarias al esquema fiduciario de manejo de recursos, en cumplimiento de lo establecido por el Comité Directivo, según lo previsto en el respectivo contrato.
10. Adelantar, junto con el Gobernador del respectivo Departamento, el proceso de vinculación de todos los municipios y/o distritos y demás participantes del PDA.
11. Gestionar y/o implementar directamente y/o en conjunto con los participantes del PDA, alternativas de financiación de proyectos en el marco del PDA.
12. Cuando su naturaleza jurídica se lo permita, implementar instrumentos financieros para el apalancamiento de recursos destinados al desarrollo del PDA.
13. Prestar, con el apoyo de la Gerencia Asesora, asistencia a los Municipios y/o Distritos participantes del PDA en los temas relacionados 23 con la prestación de los servicios públicos de acueducto y/o alcantarillado y/o aseo.
14. Promover y adelantar las gestiones necesarias para implementar los esquemas de transformación y fortalecimiento institucional en un Municipio y/o grupo de Municipios y/o Distritos participantes del PDA, de acuerdo con lo aprobado por el Comité Directivo.
15. Adelantar procesos de contratación con cargo a los recursos del PDA FASE II, el Plan 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.

16. Preparar, convocar y desarrollar audiencias públicas de rendición de cuentas para el seguimiento a los avances del PDA, así como suministrar la información requerida por los organismos de control. También podrá desarrollar audiencias públicas para la divulgación de los procesos de contratación que se adelanten en el marco del PDA.

17. Asistir, con el apoyo de Gerencia Asesora, a las entidades territoriales participantes del PDA para efectos de la certificación a que se refiere el artículo 4o de la Ley 1176 de 2007 y lo establecido en el Decreto 28 de 2008.

18. Rendir informe de sus actuaciones y del estado de avance del PDA, al Comité Directivo del PDA, en concordancia con lo establecido en el Manual Operativo.

19. Las que se le asignen en el manual operativo, las necesarias para implementar el PDA y las que se deriven del Decreto 3200 de 2008.

20. Las demás que, de acuerdo con su naturaleza jurídica, le sean autorizadas por la ley(...).

Como se señaló anteriormente, el Gestor del PDA puede ser una empresa de servicios públicos; sin embargo, teniendo en cuenta el ámbito de sus funciones, esta Superintendencia siempre ha considerado que al mismo no le sería aplicable la Ley 142 de 1994 ni su régimen de contratación, en tanto no desarrolle actividades concretas de prestación de servicios públicos domiciliarios o de actividades complementarias a estos, en los términos del estatuto de los servicios públicos domiciliarios, conclusión que se reafirma con la expedición del Decreto 4548 de 2009 que señala que cuando las empresas de servicios públicos realicen funciones como Gestores de los Planes Departamentales de Agua, deberán contratar siguiendo la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Este Decreto, fue expedido por el MAVDT siguiendo las recomendaciones, entre otras entidades, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Respecto de este tema, se presentará el análisis respectivo en un aparte especial del presente documento.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la Gerencia Asesora del PDA, se tiene que esta aparece como una instancia encargada de adelantar acciones y actividades técnicas, institucionales, legales, ambientales, financieras y administrativas de apoyo del PDA. Las funciones de dicha gerencia se encuentran señaladas en el artículo 13 del Decreto 3200 de 2008 y se encuentran relacionadas, principalmente, con labores de preparación de propuestas y proyectos. En ese contexto, una vez desarrolladas dichas funciones, el objeto jurídico de la gerencia desaparece, razón por la cual, al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 3200, las mismas pasan a ser desarrolladas por el Gestor del PDA.

Por último, el PDA deberá contar con un esquema fiduciario que los departamentos podrán constituir con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones con destinación al sector de agua potable y saneamiento básico, y que estará constituido por Fiducias y/o Patrimonios Autónomos, mediante la celebración o suscripción de un contrato de fiducia mercantil y/o mediante la adhesión a uno previamente celebrado para el desarrollo, ejecución y financiamiento de los PDA (Artículos 27 a 30 del Decreto 3200 de 2008).

La fiducia y/o el patrimonio autónomo deben dotarse de herramientas que garanticen esquemas eficientes y sostenibles que maximice la utilización de los recursos que aporten los Participantes del PDA.

6. FASES DE UN PDA – PLANEACIÓN Y DESARROLLO

De conformidad con lo dispuesto en el Documento CONPES 3463 de 2007 y el Decreto 3200 de 2008, los PDA se desarrollan en dos fases o etapas; la primera de ellas de planeación de políticas, toma de medidas necesarias para su implementación y focalización de recursos; la segunda, de carácter más instrumental, dedicada a la suscripción de compromisos entre el departamento y el MAVDT, la implementación de las estructuras organizativas del Plan, la implementación del esquema fiduciario para el manejo de recursos, el desarrollo del esquema financiero y, en general, el desarrollo de las labores tendientes a la ejecución y desarrollo del Plan Departamental de Agua.

En ese contexto, es necesario que los municipios interesados en hacer parte de un PDA, participen de lleno tanto en las etapas de estructuración como en las de operación del Plan, de manera tal que sus intereses se acompasen con los del departamento y se logre el cumplimiento de los fines de la política de aguas subyacente a los PDA, y que se relacionan con prestaciones eficientes y con altos niveles de cobertura.

7. FINANCIACIÓN DE LOS PLANES DEPARTAMENTALES DE AGUA – FUENTES Y APLICACIÓN DE RECURSOS

En consideración a que la implementación práctica de los PDA, requiere de un esfuerzo financiero importante, se tiene que el Decreto 3200 de 2008 prevé una combinación de fuentes de financiación, que permite la creación de bolsas comunes con recursos de la Nación, el Departamento y los Municipios.

Concretamente, de conformidad con el artículo 6 del referido Decreto, los recursos para financiar los PDA pueden provenir, entre otras fuentes, de las siguientes:

i) Recursos del Presupuesto General de la Nación de conformidad con la ley; ii) Recursos del Sistema General de Participaciones; iii) Recursos de regalías, compensaciones y asignaciones del Fondo Nacional de Regalías; iv) Recursos de las autoridades ambientales; v) Recursos propios o de libre destinación de las entidades territoriales, y vi) Cualquier otra fuente de recursos que pueda o deba aportarse al desarrollo del PDA.

De igual forma, la norma citada dispone que las entidades públicas que aporten recursos al PDA pueden dar aplicación a lo previsto en el artículo 87.9 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 143 de la Ley 1151 de 2007, disposición de suma importancia para el caso de creación de empresas departamentales de agua.

Ahora, en lo que respecta a los recursos del Presupuesto General de la Nación, se tiene que estos se constituyen por (i) las apropiaciones que en el marco de los PDA se hagan en el Presupuesto General de la Nación, (ii) asistencia técnica, y (iii) apoyos en especie. Respecto de los recursos presupuestales, se tiene que los mismos harán parte de bolsas de apoyo financiero, a las que podrán acudir los PDA, previa acreditación de los requisitos mínimos establecidos en el artículo 21 del Decreto 3200 de 2008, y de aquellos que para cada caso particular establezca el MAVDT.

De acuerdo con los artículos 20 a 22, la asignación de los apoyos financieros de la Nación se hará por el MAVDT mediante una resolución que, a pesar de que no lo establece la norma, debe ser motivada.

Expedida la resolución y verificado el cumplimiento de requisitos, en un término que no puede superar los tres (3) meses a partir de la asignación, los recursos podrán ser girados de forma directa al esquema fiduciario del PDA. En caso de que los requisitos no se acrediten en el término de tres (3) meses antes señalado, el Decreto 3200 de 2008 contempla la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo de asignación.

Igualmente, debe señalarse que el artículo 19 del Decreto 3200 de 2008, contempla la creación de tres bolsas de apoyo financiero así: (i) Bolsa “Concurso Territorial” a la que se destinan recursos de apoyo financiero de la Nación que serán asignados por el MAVDT a proyectos que podrán presentar los municipios o distritos de aquellos Departamentos cuyo PDA se encuentre en Fase I, (ii) Bolsa “Todos por el Pacífico” integrada por recursos de apoyo financiero de la Nación para proyectos presentados por cualquiera de las entidades territoriales del Pacífico Colombiano determinadas en el documento CONPES 3491 de 2007 y los municipios de Barbacoas (Nariño) y Lloró (Chocó), siempre y cuando el respectivo PDA se encuentre en Fase I, y (iii) Bolsa “Tu Plan Departamental” a la que se destinan, entre otros, recursos de apoyo financiero de la Nación a que se refiere el artículo 94 de la Ley 1151 de 2007; distribuidos indicativamente entre los Departamentos en desarrollo del artículo 93 de la misma ley.

Por último, en lo que tiene que ver con la aplicación concreta de recursos, se tiene que el Título III del Decreto 3200 de 2008, establece un procedimiento para la identificación y selección de proyectos, en audiencias públicas consultivas a ser desarrolladas en cada Departamento, que serán coordinadas por el MAVDT, con la participación del Departamento Nacional de Planeación y del Gobernador respectivo.

En dichas audiencias, se presentarán los diagnósticos técnicos y económicos relacionados con la implementación del PDA, y se evaluarán los listados de proyectos que en cada Departamento sean presentados, de manera tal que, como resultado de la Audiencia Pública Consultiva, la gerencia asesora del PDA elabore un listado de proyectos susceptibles de ser apoyados financieramente con cargo a los recursos de la bolsa “Tu Plan Departamental” asignados por la Nación al Departamento respectivo.

8. RÉGIMEN DE DERECHO APLICABLE A LOS GESTORES DE PDA

Para efectos de entender cuál es el régimen de derecho aplicable a los Gestores de los Planes Departamentales de Agua, debe entenderse cuál es la naturaleza de estos y frente a esta cuáles son sus responsabilidades, todo a la luz de lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 sobre prestadores de servicios públicos domiciliarios.

En primer lugar, en lo que tiene que ver con la naturaleza de los gestores de Planes Departamentales de Agua, tenemos que el Decreto 3200 de 2008 mediante el cual se dictan normas sobre Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento y se dictan otras disposiciones, señaló lo siguiente:

“Artículo 12.

Gestor del PDA. Es el encargado de la gestión, implementación y seguimiento a la ejecución del PDA y podrá ser:

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. Son funciones del Gestor:

1. Desarrollar las acciones necesarias para alcanzar el cumplimiento de los objetivos de la política del sector de agua potable y saneamiento básico, la observancia de los principios y el cumplimiento de los objetivos y las metas del PDA en el territorio del Departamento respectivo.

2. Garantizar la adecuada implementación del PDA.

3. Coordinar las acciones de los participantes del PDA.

4. Ser el interlocutor ante los participantes del PDA.
5. Garantizar el cumplimiento de lo previsto en el manual operativo del PDA.
6. Mantener actualizado el diagnóstico técnico base e implementar un sistema de información que facilite el seguimiento al avance del PDA.
7. Adelantar las gestiones necesarias para una efectiva difusión del PDA ante la comunidad.
8. Acatar las instrucciones dadas por el Comité Directivo del PDA, y tomar las medidas necesarias para su cumplimiento.
9. Dar las instrucciones necesarias al esquema fiduciario de manejo de recursos, en cumplimiento de lo establecido por el Comité Directivo, según lo previsto en el respectivo contrato
10. Adelantar, junto con el Gobernador del respectivo Departamento, el proceso de vinculación de todos los municipios y/o distritos y demás participantes del PDA.
11. Gestionar y/o implementar directamente y/o en conjunto con los participantes del PDA, alternativas de financiación de proyectos en el marco del PDA.
12. Cuando su naturaleza jurídica se lo permita, implementar instrumentos financieros para el apalancamiento de recursos destinados al desarrollo del PDA.
13. Prestar, con el apoyo de la Gerencia Asesora, asistencia a los Municipios y/o Distritos participantes del PDA en los temas relacionados con la prestación de los servicios públicos de acueducto y/o alcantarillado y/o aseo.
14. Promover y adelantar las gestiones necesarias para implementar los esquemas de transformación y fortalecimiento institucional en un Municipio y/o grupo de Municipios y/o Distritos participantes del PDA, de acuerdo con lo aprobado por el Comité Directivo.
15. Adelantar procesos de contratación con cargo a los recursos del PDA FASE II, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7o del presente decreto, el Plan 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.
16. Preparar, convocar y desarrollar audiencias públicas de rendición de cuentas para el seguimiento a los avances del PDA, así como suministrar la información requerida por los organismos de control. También podrá desarrollar audiencias públicas para la divulgación de los procesos de contratación que se adelanten en el marco del PDA.
17. Asistir, con el apoyo de Gerencia Asesora, a las entidades territoriales participantes del PDA para efectos de la certificación a que se refiere el artículo 4o de la Ley 1176 de 2007 y lo establecido en el Decreto 28 de 2008.
18. Rendir informe de sus actuaciones y del estado de avance del PDA, al Comité Directivo del PDA, en concordancia con lo establecido en el Manual Operativo.
19. Las que se le asignen en el manual operativo, las necesarias para implementar el PDA y las derivadas del presente decreto.
20. Las demás que, de acuerdo con su naturaleza jurídica, le estén autorizadas por la ley”.

Por tanto, conforme al Decreto en mención, puede ser tenido en cuenta para actuar como Gestor de un Plan Departamental de Agua, 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 el Departamento.

No obstante lo anterior, conviene tener en cuenta que el Gestor del PDA, a pesar de que puede ser una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo del orden

departamental, tiene funciones que se relacionan con la gestión, implementación y seguimiento a la ejecución del PDA mas no con la prestación real y efectiva de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual, a pesar de su forma jurídica, no es posible predicar frente a los Gestores de PDA la aplicación del régimen de servicios públicos domiciliarios, en razón a que dicho régimen deviene, en cuanto a su aplicación, de la realización efectiva de actividades de prestación de los servicios domiciliarios o actividades complementarias de que trata la Ley 142 de 1994, y no de la forma jurídica que adopte una determinada sociedad

Al respecto de lo dicho, debe concluirse que al no ser el prestador de los servicios, la empresa que se encargue de la gestión de los PDA no queda inmersa en el régimen de servicios públicos, así adopte la forma de una sociedad anónima ESP, ya que lo que genera las obligaciones y derechos propios del régimen establecido en la Ley 142 de 1994 y demás normas reglamentarias y regulatorias, es la prestación efectiva del servicio, que frente a los gestores de los planes departamentales de agua, no es un requisito para adquirir dicha calidad

En efecto, si bien la forma societaria puede ser un criterio que coadyuve a la identificación de una empresa de servicios públicos domiciliarios, lo cierto es que lo que realmente determina la aplicación del régimen especial contenido en la Ley 142 de 1994, no es la forma que se adopte, sino la actividad que se realice, contexto en el cual, si no se desarrollan actividades de prestación de los servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias de que trata la Ley 142 de 1994, mal podría hablarse de la existencia real de una empresa prestadora de servicios públicos.

Lo anterior, es coherente con la aplicación del principio de la realidad, según el cual los hechos priman sobre las formas

Aceptar una tesis contraria implicaría (i) la desnaturalización del régimen legal especial aplicable a los prestadores de SPD, (ii) la inclusión indebida de actividades "complementarias o de prestación" no contempladas legal ni regulatoriamente, e incluso (iii) un entendimiento diferente respecto de las funciones desarrolladas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien al tenor de una nueva posición, debería vigilar empresas constituidas como ESP que no desarrollen actividades propias de la prestación de SPD, y

contrario sensu, abstenerse de desarrollar las actividades para las que fue creada, frente a prestadores no organizados en la forma prevista por la Ley 142 de 1994.

Lo señalado tiene un claro sustento legal, que puede encontrarse, entre otros, en los artículos 1, 10, 14.20, 14.21, 15, 17, 18, 20, 22 y 31 de la Ley 142 de 1994, que al señalar diferentes aspectos relativos a la prestación de los servicios públicos domiciliarios y a los prestadores indican de manera diáfana que la aplicación del régimen contenido en la Ley 142 de 1994, requiere la realización efectiva de actividades de prestación de servicios públicos o actividades complementarias, y no simplemente la adopción de una determinada forma social.

En efecto, la Ley 142 de 1994 en su artículo primero, señala que dicha norma se aplica a los servicios domiciliarios y actividades complementarias en ella definidos, y a las actividades que realicen las personas *preos Planes Departamentales de Agua parte de un supuesto de responsabilidad de los municipios de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios, cuando no existen empresas interesadas en dicha prestación. De este modo entraremos a desarrollar los objetivos que se persiguen al momento de establecer un plan departamental de agua, las normas que rigen su desarrollo, características, definición, oobligaciones, participantes, estructuración financiamiento y utilidades*stadoras respecto de dichos servicios. Paralelamente, el artículo 15 ídem señala que pueden prestar servicios públicos domiciliarios las empresas de servicios públicos, y el 17, por su parte, indica que dichas empresas son aquellas cuyo objeto es la prestación de dichos servicios, lo que concuerda con lo dispuesto en el artículo 18 en donde se reitera que el objeto de las empresas de servicios públicos ES LA PRESTACIÓN efectiva de los servicios y actividades complementarias a que se refiere la Ley 142 de 1994.

Adicionalmente, en lo relativo al régimen de contratación aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios, es pertinente recordar lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, que señala que no estarán sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública...”Los contratos que celebren las entidades estatales QUE PRESTAN los servicios públicos a los que se refiere esta ley”.

Teniendo en cuenta las anteriormente citadas disposiciones, se concluye con facilidad que el factor determinante frente al régimen jurídico aplicable a un prestador de servicios públicos no es la figura societaria que se adopte, sino la actividad que se realice, tal como se ha señalado hasta ahora.

Por último, es importante tener en cuenta que la posición reiterada de la Oficina Asesora Jurídica de la Superservicios, se ha dirigido a señalar que la posibilidad potencial de prestación de un servicio no convierte a una persona en prestador, razón por la cual las obligaciones frente a la Superintendencia (inscripción en el RUPS, cargue de información al SUI, pago de contribuciones, etc), frente al Estado y frente a los usuarios, solo surgen a partir del momento en que el respectivo ente jurídico desarrolla actividades de prestación . La anterior posición jurídica de esta Superintendencia, que fue objeto de un intenso debate entre los diferentes actores del sector de agua potable y saneamiento básico, fue finalmente

aceptada y adoptada a través del Decreto 4548 de 2009, que en su artículo primero dispone lo siguiente:

“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”.

En tal virtud, salvo que una norma legal señale de manera expresa que las empresas de servicios públicos encargadas de la gestión de PDA, comparten el régimen de aquellas que se constituyen como tales para la prestación efectiva de servicios públicos, no podrá derivarse el régimen contenido en la Ley 142 de 1994 frente a dichas empresas.

En ese contexto, la contratación realizada por los gestores de PDA, sean estos los Departamentos o empresas con participación municipal y en general estatal, deberán seguir en sus procesos de contratación, las normas que al efecto se han expedido para las entidades de derecho público, teniendo en cuenta, además, lo señalado en el artículo 7 del Decreto 3200 de 2008 y en el artículo 1 del Decreto 4548 de 2009 antes citado.

9. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS OPERADORES ESPECIALIZADOS SELECCIONADOS EN EL MARCO DE LOS PDA

Ahora bien, frente a la naturaleza jurídica de las empresas que se seleccionen como operadores especializados en desarrollo de un PDA, se ha de tener en cuenta lo normado por la Ley 142 de 1994 frente a las personas autorizadas para prestar servicios públicos domiciliarios.

En esa medida, de acuerdo a lo señalado con el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, sólo determinadas personas o entes allí reconocidos pueden prestar servicios públicos domiciliarios, con las condiciones y restricciones establecidas en esa misma norma.

Frente a lo anterior, el artículo 15.1 *ibídem* establece que pueden prestar servicios públicos domiciliarios las empresas de servicios públicos que son definidas por el artículo 19 *ídem*.

Esta última norma establece que dichas empresas, sin consideración al origen de su capital, serán sociedades anónimas sometidas al régimen de derecho privado en cuanto a sus actos y contratos, razón por la cual se concluye que en la celebración de unos y otros, dichas empresas se sustraen del régimen general de contratación aplicable a las entidades públicas o mixtas, para aplicar, de manera preferente y exclusiva, el régimen privatista señalado legalmente para ellas y que propende por un manejo empresarial de las infraestructuras y un uso eficiente de los recursos naturales involucrados en la prestación de servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los operadores especializados tienen por objeto la prestación directa de los servicios de agua potable y saneamiento básico, se tiene que éstos, en tanto desarrollen actividades definidas como servicios públicos domiciliarios o actividades complementarias en los términos de la Ley 142 de 1994, deben ser empresas de servicios públicos constituidas como sociedades anónimas, sometidas a la legislación y regulación en materia de servicios públicos domiciliarios respectiva (que en este caso será la expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA) y a la vigilancia, inspección y control por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

De igual forma, el eventual operador especializado que se seleccione y contrate en el marco de un PDA, deberá dar aviso del inicio de sus actividades a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, inscribirse en el Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos – RUPS y reportar información al Sistema Único de Información de dicha entidad, en los términos del artículo 14 de la Ley 689 de 2001, de conformidad con las resoluciones expedidas por el órgano de inspección, control y vigilancia para tal efecto.

Ahora bien, el incumplimiento por parte del prestador del deber de dar aviso del inicio de sus actividades y de las demás obligaciones establecidas por la Ley 142 de 1994 dan lugar a la imposición de las sanciones contenidas en el artículo 81 de ese mismo estatuto.

10. ENTREGA EN OPERACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE PROPIEDAD DEL MUNICIPIO.

Teniendo en cuenta que la infraestructura municipal de prestación de servicios, está llamada a ser el principal activo del que deberá disponer el esquema o empresa departamental respectiva para cumplir con sus objetivos, es necesario señalar, de manera somera, el mecanismo legal de entrega de dicha infraestructura, en los eventos en que la misma no sea transferida, como aporte, a la empresa departamental creada.

En estos casos, (entrega de la infraestructura para su operación por un tercero) el municipio debe dar aplicación obligatoria a lo establecido en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

De acuerdo a lo dicho, si el municipio pretende dar en concesión unos bienes de su propiedad para que estos sean operados por un tercero, así éste sea una empresa oficial de la que hace parte el municipio, debe dar aplicación al parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, es decir que los contratos que se celebren se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ahora bien, la anterior no es la única fórmula a través de la cual el municipio puede entregar su infraestructura, pues cabe la posibilidad de que la entrega se produzca en calidad de aporte social, caso en el cual el municipio deberá contar con las autorizaciones pertinentes, sin perjuicio del cumplimiento de las normas comerciales relativas a la constitución de sociedades anónimas y de aquellas a las que esté particularmente sujeto en materia de concurrencia de oferentes.