

**LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA GESTIÓN PÚBLICA: APROXIMACIÓN AL  
MODELO DE CONTRACTUALIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO  
DOMICILIARIO DE ASEO Y SANEAMIENTO EN BOGOTÁ**

**MARÍA DE JESÚS MARTÍNEZ FARIAS**

**TRABAJO DE GRADO para optar al título de Maestría en Estudios Políticos**

**Tutor**

**JAIRO ALONSO BAUTISTA**

**Magister y Docente Universitario**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES INTERNACIONALES  
PROGRAMA MAESTRIA EN ESTUDIOS POLÍTICOS**

**BOGOTÁ**

**2011**

## CONTENIDO

|   | pág. |
|---|------|
| <u>INTRODUCCIÓN</u>   | 2    |
| <u>1. LO PÚBLICO EN EL CONCEPTO SOBRE ESTADO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LO PÚBLICO ESTATAL Y LO PÚBLICO NO ESTATAL</u>   | 5    |
| <u>2. LO PÚBLICO EN EL CONCEPTO SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS Y NUEVA GESTIÓN PÚBLICA: DILEMA ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO</u>                                      | 18   |
| <u>3. LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: AGENCIA, CONTRATOS, CONTROL Y SUPERVISIÓN</u>  | 48   |
| <u>4. APROXIMACIÓN A LA CARACTERIZACIÓN DEL MODELO CONTRACTUAL EN ASEO Y SANEAMIENTO BÁSICO EN BOGOTÁ: LA OPERACIÓN DEL RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA (RSDJ)</u> | 85   |
| <u>5. EL CONCEPTO SOBRE CIUDADANÍA Y EL DEFICIT DEL MODELO DE GESTION DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. A MODO DE CONCLUSIÓN</u>                                       | 126  |
| <u>BIBLIOGRAFÍA</u>   | 129  |
| <u>ANEXOS</u>   | 133  |

## INTRODUCCIÓN

El entorno institucional determina el rol del estado y su capacidad para intervenir los asuntos de la sociedad. De la capacidad del estado para intervenir sobre los medios y recursos dispuestos a la realización de los fines públicos, dependerá que tanto valor se otorgue a lo público respecto de lo privado y es desde esta perspectiva que se afirma la configuración de lo público desde lo estatal, que encuentra su concreta expresión en la capacidad para conducir y gobernar la realización de una ciudadanía en sentido formal y material. Desde lo estatal, se delimita la dimensión de lo público asociado a los conceptos sobre administración y servicio público, cuyo fundamento está consignado en la Ley, que guía la actuación del estado en concurrencia con los particulares y bajo presupuestos de equidad y eficacia.

La ciudadanía es el objeto y fin de lo público y por ende, toda actuación del estado y de los particulares, que concurren en la administración y gestión de los asuntos públicos, debe responder al interés de satisfacción de los derechos de contenido económico y social y su eficaz acceso y disfrute ciudadano en condiciones sociales justas y equitativas,. Este es el valor público que persigue toda forma de asociación y complementariedad entre los actores de lo público estatal y no estatal, esto último sin desconocer los presupuestos de eficiencia y responsabilidad en el manejo de los medios en atención a los fines (medios y fines públicos vs medios y fines privados). Ahora bien, entendemos por ciudadanía la expresión misma del valor público institucional. En la medida que la ciudadanía es el atributo o capacidad del individuo para el acceso y disfrute de un conjunto de bienes y servicios de contenido económico y social, para lo cual el estado dispone todo un “sistema de acción”, para garantizar la destinación de los medios públicos al logro de fines públicos, se agrega valor público a las instituciones, cuando la ciudadanía se ejerce en sentido material.

El servicio público, por su parte, es ante todo una actividad de naturaleza pública y de gestión pública, en oposición al planteamiento según el cual, el servicio público es una actividad económica que se administra como un asunto propio de la gestión empresarial privada -“*new management public*”-.

La delimitación del concepto sobre lo público y su configuración en los modelos de gestión tiene como punto de partida el análisis del planteamiento de la “Gran dicotomía público / privada” formulada por el Profesor Norberto Bobbio, para quien lo público refiere a la condición de los asuntos de estado, a los asuntos que ordenan la vida en sociedad, que expresan o representan lo visible, lo que es del interés o pertenencia de un colectivo, de utilidad común; que reconoce una sociedad de desiguales, donde la Ley es el marco de regulación por excelencia. Por su parte, lo Privado es “*lo que atañe a la utilidad del individuo*”, a lo que tiene valor reservado, a lo íntimo y particular y por ende no requiere ser visible o conocido por todos, donde la satisfacción del lucro e interés privado es el fin, que se persigue con la premisa de una sociedad de iguales que regulan sus relaciones conmutativas a través del *contrato* o pacto<sup>1</sup>.

Este es el marco de referencia que permite abordar el análisis del modelo normativo y de gestión de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, a partir de la adopción de la Ley 142 de 1994, con referencia a la administración contractual del servicio de aseo y saneamiento en Bogotá y una aproximación a la caracterización de lo público expresado en la Operación del Relleno Sanitario Doña Juana, con el objetivo de identificar y delimitar los rasgos característicos de la dimensión de lo público en el quehacer de la gestión pública que se sustenta en un modelo de agencia y contratación como alternativa a la de intervención estatal,

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. La Gran Dicotomía: Público/Privado en Estado, Gobierno y Sociedad: Por una teoría general de la política; Fondo de Cultura Económica. El autor, citando los fragmentos del Digesto (corpus iuris romano) afirma que la *Gran Dicotomía público/privado*.

con la pertinente revisión del debate académico sobre capacidad estatal en un entorno de déficit institucional tendiente a la privatización de los asuntos públicos.

Se pretende analizar cómo un modelo de gestión que tiene como fin la eficiencia y la racionalidad económica, que centra su atención en la reducción del estado y da paso a la agencia de contratos como mecanismo para administrar los bienes y recursos públicos -“*new management public*”-, distancia a los ciudadanos de la posibilidad de acceder a los bienes de contenido económico y social y propicia la subordinación de lo público en función de la rentabilidad privada. En este sentido la noción del servicio público pierde su carácter y el contrato se instituye como el principal instrumento para la negociación de los derechos ciudadanos como bienes o mercancías objeto de propiedad privada; definición incompatible con la noción de lo público. Este es el marco de referencia en el que se logra precisar como se configura lo público en el modelo de gestión de los servicios públicos domiciliarios en Colombia con referencia al servicio de aseo y saneamiento en Bogotá, tras la adopción de la ley 142 de 1994.

Resultado del análisis se logra afirmar como a mayor capacidad del estado y de intervención en la decisión, dirección, gestión y provisión de los bienes y servicios públicos, mayor expresión de lo público y agregación de valor en y para lo social, en beneficio de una ciudadanía eficaz. A menor intervención del estado y mayor vinculación del interés privado vía contratos, mayor el déficit social y menor grado de incidencia de lo público en la práctica institucional. En efecto, a menor capacidad del estado, mayor riesgo de subordinación de lo público en función de lo privado y en beneficio de la libertad contractual y la autonomía e iniciativa negocial sobre los bienes que son el sustento de los derechos ciudadanos. Este es el objeto y alcance del trabajo que se presenta a consideración y es un aporte a la reflexión en torno a los temas sobre problemática pública desde los estudios de ciencia política y la formación jurídica.

## 1. LO PÚBLICO EN EL CONCEPTO SOBRE ESTADO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LO PÚBLICO ESTATAL Y LO PÚBLICO NO ESTATAL

Lo público es una noción que identifica lo social, lo colectivo y lo comunitario, independiente del modelo de organización o de institucionalización del poder público o político que se defina en un momento histórico determinado. Lo público es una noción anterior y precedente a la de estado y administración pública; solo a partir de las transformaciones de los siglos XVII Y XVIII, hasta hoy, lo público se identifica como asunto de lo estatal<sup>2</sup> y es a partir de la noción de lo público estatal que el concepto tiene un rasgo diferencial de lo privado. En efecto, anterior a la noción de estado, en la organización social primitiva y medieval, lo público se identifica con relaciones comunes pero de contenido patrimonial y contractual. Mientras lo público en la sociedades primitivas y antiguas se concibe en función de lo comunitario, lo visible y lo que interesa para la subsistencia y el bienestar de lo común, decisión que recae en un sector selecto de la sociedad (varones libres que se identifican en torno al concepto de ciudad); en la sociedad feudal, lo público es lo corporativo y el producto de los pactos o contratos a los que se adhieren los individuos. El pacto o negociación tiene por objeto un fin privado: El patrimonio sobre los bienes de producción y los pactos o contratos definen la subordinación de lo público a lo privado. Entonces, no es el bienestar de un colectivo o elevar la calidad de vida lo que esta en juego, sino el interés de lucro o el patrimonio de un señor feudal que dispone de los otros individuos a su servicio como elementos de propiedad (siervo)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> La doctrina refiere la noción sobre administración pública como un producto de la formación moderna del estado, efecto de las transformaciones sobre las formas de intervención en los asuntos políticos, sociales, económicos y culturales, que se expresan tras las revoluciones de los Siglos XVII y XVIII, lo que implica un verdadero cambio de la manera como en adelante se concebiría la función estatal y con ello la formación de instituciones representativas de lo Público, que desde entonces hasta hoy, identifican lo Público asociado a lo Estatal. Anterior a este periodo de formación moderna, se afirma, que no es posible reconocer lo público-estatal y menos aún, concretar dicha noción con la de capacidad de intervención - organización y administración – de los asuntos de interés público.

<sup>3</sup> El término *Sociedad patrimonial*, reconceptualizado por el profesor Cesar Giraldo Giraldo para comprender la noción sobre ciudadanía en el actual contexto de las reformas al sistema de protección social en Colombia y citado en el trabajo titulado: *¿Protección o desprotección social?*, es pertinente para delimitar la dimensión de lo público y su realización en la práctica de los derechos ciudadanos, pues hoy, siguiendo el modelo de las relaciones feudales, los derechos de seguridad y preservación de la vida, derivan del patrimonio acumulado, de los bienes y la rentabilidad del sistema financiero, entonces era la tierra hoy son los capitales

Ahora bien, si por *estado* entendemos la forma organizada y articulada a un sistema complejo e interrelacionado de instituciones dispuestas al servicio del interés público y no como una ficción o como un ente social con personalidad jurídica y política; la forma social instituida con autoridad, poder y organización en un contexto y entorno definido, con el objeto de administrar o ejercer la dirección sobre los asuntos de interés público: Gobierno en el sentido pleno del término. En síntesis y en los términos del tratadista Burdeau, el estado es un agente de la sociedad: “*titular abstracto y permanente del poder, cuyos gobernantes no son sino agentes de ejercicios esencialmente pasajeros*”<sup>4</sup>. En este sentido, el estado es el titular de la administración de los asuntos públicos, más el estado no es titular de lo público, ni lo público se expresa en el estado como un todo, ni en el estado se reduce la titularidad sobre lo público. En consecuencia, lo público – estatal se expresa en el ámbito de la administración, entendida como el escenario del gobierno de los asuntos públicos, cuyos principales componentes funcionales son desde la decisión, la planificación, el direccionamiento, la gerencia, la organización y hasta el control y evaluación de los asuntos de interés público. Este es el ámbito de lo público estatal que en un todo es el gobierno de los asuntos públicos, en el sentido político del concepto. Así, lo público es objeto de administración pública, concepto que se revisa a continuación.

---

financieros. El profesor Giraldo en la publicación que comento, sostiene: “Los derechos sociales pasan a depender de la suerte de los inestables mercados de capitales y del manejo que de las reservas de los trabajadores hacen los expertos financieros. (...) Desaparece la solidaridad social o intergeneracional y el problema se convierte en las formas de acceso a la riqueza de cada uno. (...) El concepto de sociedad patrimonial nos conduce a que la protección social de las personas depende de su propiedad, como se dio al comienzo del capitalismo..., aunque en la actualidad el componente financiero de la propiedad juega un rol central. Quienes carecen de propiedad quedan excluidos de la protección social, y de la sociedad. Para la mayoría de la población lo que existe es un estado de “inseguridad social, que produce una disociación social (en lugar de cohesión social) como era la situación de los proletariados del siglo XIX en Europa” y como era en el periodo del naciente estado de la Alta Edad Media.

GIRALDO, Cesar *¿Protección o desprotección social?*, Ediciones desde Abajo, con el apoyo e la Fundación CESDE y la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007. p.263 y 264.

<sup>4</sup> MORALES, Cástulo, Modulo sobre Modernización del Estado. ESAP. 2006. p.16 (Sin publicar).

## 1.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, COMO CONCEPTO E INSTRUMENTO DEL QUEHACER PÚBLICO (ESTATAL Y NO ESTATAL)

A partir de la definición sobre estado, entiendo por lo público - estatal el conjunto de asuntos que por decisión de un colectivo social (titular), son el objeto de la administración, custodia, protección y preservación a cargo del estado. Lo público y por ende, la administración de lo público se concreta en la capacidad que tiene el estado para encauzar los asuntos de orden político, económico, social y cultural hacia el logro de un conjunto de bienes, servicios y derechos cuya satisfacción es el interés general que identifica a la sociedad. Pero no es solo el estado el responsable de esta definición de lo público, lo es también la sociedad al momento de concertar que entiende por interés de valor colectivo y como quiere que el estado intervenga en su realización. Qué se espera de las instituciones? Cuáles son los valores que se persiguen? y Cuáles las reglas de juego que han de ser definidas desde lo político, garantizan la consecución de unos determinados fines (la esfera del legislativo, lo judicial y las demás formas de expresión del control – fiscal, disciplinario, administrativo, social, etc.), a esto nos referimos con la definición de la administración en sentido objetivo y material<sup>5</sup>.

Por su parte, las instituciones son el marco que delimita la actuación del estado y de los particulares<sup>6</sup>. Bajo la premisa de lo institucional, lo público es el fin que justifica el deber de actuación y administración sobre los asuntos que interesan a la sociedad. Por ende, la administración es por esencia servicio público, para lo que se predica potestad, autoridad pública y legalidad teleológica, como

---

<sup>5</sup> En términos de José Ayala Espino, se entiende por institución, “el conjunto de reglas que articulan y organizan las interacciones económicas, sociales y políticas entre los individuos y los grupos sociales”. Son las reglas formales y no formales, estas últimas: los valores, las tradiciones culturales y religiosas y en general, las convenciones de regulación social.

En AYALA ESPINO, José. Instituciones y Economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico. Fondo de Cultura Económica. México. 2004.

<sup>6</sup>SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Juan, al referir al concepto sobre Institución, cita a Douglas North: “Las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionaron a lo largo del tiempo, por lo cual es la clave para entender el cambio histórico”. En, *¿Existe como estudio del objeto de la administración pública en nuevo institucionalismo?*, op .cit, pg.6.



presupuestos de capacidad<sup>7</sup>. Ahora bien, la decisión en torno a un modelo de administración pública debe responder a objetivos coherentes al modelo de institución que se quiere edificar, de ahí la importancia que las decisiones y su implementación estratégica, prioricen el logro de indicadores de eficacia antes que de eficiencia.

En el mismo sentido lo expone Omar Guerrero y Jaime Orlando Santofimio para quienes la administración pública tiene un sentido de lo político e institucional que trasciende lo técnico, al definir este concepto como el ámbito de contenido *dinámico y sustancial* propio de la función del estado<sup>8</sup>. Desde esta perspectiva, el modelo de administración pública debe propender por el mantenimiento de condiciones que garanticen al individuo el disfrute de un espacio vital, que dignifique su calidad de vida en comunidad mediante el acceso y disfrute a un conjunto de bienes de contenido económico, social y cultural.

Ahora bien, toda forma de organización debe responder a un entorno de decisiones (sobre objetivos, fines, medios, etc.), y para la toma de las decisiones sobre lo institucional, priman los valores y principios reconocidos por la sociedad. Los valores y los principios imprimen el fundamento ético y político a lo técnico, esto es, a la estrategia como método para la decisión de intervenir los asuntos públicos. Precizando así el concepto de administración desde lo funcional, el estado debe establecer el modelo de dirección, gobierno y administración, y, priorizar las formas organizacionales que sean acordes a las necesidades del entorno y a la dinámica institucional. El estado desde su potestad como administrador, puede asumir la prestación directa de los servicios a cargo (lo

---

<sup>7</sup> Jaime Orlando Santofimio cita los conceptos que son construcción del pensamiento alemán, que aborda la comprensión sobre el estado y la administración pública bajo el criterio de los fines, respecto de los cuales se define una personalidad jurídica y también una determinada forma de actuar.

<sup>8</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Op. cit.

Para el autor, la administración pública es el conjunto de actividades *"impregnadas indiscutiblemente de alto grado de decisión política, de amplias competencias para el impulso de la actividad pública en procura de colmar las finalidades estatales, como consecuencia, depositaria de controles y sistemas de participación adecuados para evitar su desbordamiento. (...) La administración se ubica en el mundo de las operaciones subsiguientes a las decisiones legislativas o judiciales, todo un espectro de compromisos del ejecutivo con las finalidades propias del Estado"*.

público estatal), o decidir la implementación de formas organizativas no estatales o “supraestatales”, (lo público no estatal), donde pueden concurrir los particulares, llámese las asociaciones o las empresas; pero en cualquiera de los casos, la decisión sobre el modelo de administración debe preceder una elección dotada de razonabilidad en la que se ponderan los hechos de la realidad con el deber ser normativo, en procura de lo mejor y lo más eficaz, es una cuestión de “reconocimiento” de lo público que esta permanente en toda actuación pública, en el ámbito de lo estatal o no estatal<sup>9</sup>. Este es el concepto de administración pública que resulta pertinente y vigente para comprender el modelo de gestión de los servicios públicos en Colombia, al menos si consideramos lo público como un asunto con valor institucional.

## **1.2. LO PÚBLICO, EL ESTADO Y LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN NO ESTATAL: LO PÚBLICO NO ESTATAL**

En la medida que la dirección y gobierno de los asuntos públicos es responsabilidad del estado, entonces es desde el ámbito de lo estatal que corresponde regular y garantizar los mecanismos, procedimientos e instrumentos para la participación y concurrencia de otros actores – no estatales - en la gestión de los asuntos propios de la función administrativa pública, este es el ámbito al que se refiere la literatura cuando enuncia el concepto de lo *público no estatal*.

Lo *público no estatal* se concibe como el ámbito que incentiva, promueve y fortalece la capacidad de participación y expresión de las formas de organización social y ciudadana en la gestión de los asuntos que son de interés público y que en concurrencia con el estado, busca la democratización de lo público para la construcción de instituciones con valor público social. Del concepto me permito destacar los siguientes elementos:

---

<sup>9</sup> Al respecto, ver: AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. La responsabilidad patrimonial del estado frente al derecho colectivo y el principio constitucional de la moralidad administrativa. III Jornadas de Derecho Público y derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

a) *El valor público – social.* El término es tomado de la elaboración de Mark Moore, quien nos permite comprender que lo público no estatal es toda forma de asociación de lo público con lo privado para crear valor público<sup>10</sup>. Crear valor público es producto de la “asociación en un marco de regulación gubernamental”, lo que nos indica que lo privado no está aislado de lo estatal, por el contrario, es desde este ámbito, con autoridad y potestad, que procede regular la intervención de lo privado en los asuntos de la administración pública<sup>11</sup>.

El valor público es un patrimonio social que se expresa en toda actuación legítima encaminada al logro de la equidad y el desarrollo concebido en términos de inclusión social, incremento del bienestar y de la calidad de vida de los individuos, así como del fortalecimiento de unas instituciones democráticas, donde el eje de articulación está dado por la capacidad de todo ciudadano a ejercer sus derechos de contenido liberal, económico, social y cultural. Valor público será entonces la sumatoria de lo que es objeto de valor social y valor económico, pues tanto reconocimiento e importancia tienen los intereses sociales y comunitarios (acceso a servicios básicos satisfechos, mejora en calidad de vida) como los intereses de orden económico (racionalidad y administración eficiente de las finanzas públicas, adecuados costos financieros y recursos empresariales privados; rentabilidad social y rentabilidad financiera). La complementariedad lleva a maximizar los bienes sociales comunes con el uso eficiente de los recursos.

---

<sup>10</sup> MOORE, Mark. Creando valor público a través de las asociaciones público – privadas. X Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago de Chile, octubre de 2005, publicado en Revista del CLAD. No. 34. Caracas. 2006.

<sup>11</sup> Al respecto, señala Moore: “Una manera de entender esas condiciones – cuando debe concurrir lo público -, es que aquellas representan el esfuerzo de la legislatura para asegurar que un privilegio público, - a saber, la autoridad del estado-, no sea utilizado imprudentemente sino, por el contrato, se utilice para crear algo que efectivamente tenga mayor valor público. Ellos – refiere a los ciudadanos-, no desean que se utilice el poder del estado cuando el mercado de los privados puede producir resultados similares. Tampoco quieren que el estado utilice su poder sólo para incrementar las utilidades de empresas privadas. Si el poder del estado va a ser utilizado, algo de valor público debe necesariamente emerger. ¿Qué constituye ese valor público que será producido? Aparentemente, es algo que debe ser ‘consistente con las necesidades efectivamente detectadas de la comunidad’, cuyo ‘financiamiento sea posible como resultado de un sondeo previo’, que reduzca la ‘ruina del espacio comunitario’ y que de respuesta efectiva a las necesidades de los individuos que serán afectados por el proyecto. Cada uno de estos conceptos no debe visualizarse sólo como un criterio legal que debe acatarse sino también como una dimensión del valor público que se persigue al utilizar la autoridad del estado”. *Ibidem.* pág 3.

b) *El ámbito de la gestión es donde se expresa lo público no estatal, cuyo contenido es eminentemente administrativo o técnico, para diferenciarlo del nivel de la planificación y la decisión. Lo público no estatal y desde lo estatal no significa entregar a manos de los particulares el destino de los asuntos públicos. En efecto, es al estado al que le compete responder por la planificación y dirección de los asuntos públicos, en tanto que los particulares, concurren al momento de implementar la operación administrativa pública, así lo refiere el profesor Omar Guerrero al precisar el ámbito de la administración (lo político) del de la implementación (técnico u operativo).*

c) *Las formas de lo público no estatal son de tipo asociativo. Cuando nos referimos a la construcción de lo público desde la esfera de los particulares, necesariamente debe ponerse de relieve el concepto de agregación de valor público, en los términos definidos por Mark Moore, tales como los modelos de participación con fines de cooperación, ayuda mutua y complementariedad desde lo social y para lo social, donde prima la rentabilidad social en lugar del lucro financiero privado.*

Ahora bien, se debe precisar que no toda forma de intervención privada responde a una modalidad de lo público no estatal. Pues bien, la privatización o externalización de bienes públicos para su administración privada que se concreta en la contratación de operadores o empresarios privados es un claro ejemplo de lo que no es público estatal. para asumir, en calidad de agentes, la prestación directa de bienes y servicios públicos, en la modalidad de concesión y el incentivo del mercado libre empresarial<sup>12</sup>, son esquemas donde prevalece el lucro y la eficiencia en el modelo de gestión con las ventajas competitivas que para ello ofrece la regulación del estado – sistema de preservación del lucro siempre que se

---

<sup>12</sup> Al respecto, remitirse a las definiciones de asociación público – privada en: DOMÉNECH, Alfred Vernis, Asociaciones entre lo público y lo privado: en búsqueda de la complementariedad, Ponencia presentada en la VII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, realizada en Madrid, 2005. Publicada en Revista del CLAD No. 33. Caracas. 2005.

logren los resultados pactados y en condiciones más favorables incluso si se trata de negocios con otro privado –y en ninguno de estos casos podemos afirmar un modelo de asociación en el que prime la agregación de valor público y por ende, ámbito de lo público no estatal. Tampoco lo es, la promoción de corporativos privados, como es el caso de las organizaciones financieras o de las agremiaciones o asociaciones de comercio que se vinculan en forma ocasional o permanente a la provisión de servicios con destino al público (servicio público no es igual que servicio al público) y que si bien se precisa una función pública por su aporte a la estabilidad de las instituciones del sistema social y económico, no se predica la naturaleza de lo público no estatal<sup>13</sup>. La contratación estatal de servicios profesionales o la compra de insumos o bienes destinados al cumplimiento de unas determinadas funciones administrativas, tampoco refieren al ámbito de lo público no es estatal, pues son actividades estatales o del estado con fines comerciales<sup>14</sup>.

En el sentido de Moore, Alfred Vernis Doménech nos indica que la asociación de lo público y lo privado (lo público no estatal), tiene su causa en un interés de complementariedad y en el reconocimiento de que las instituciones de lo social se edifican a partir de la relación e interacción de "múltiples actores", todos ellos que convergen en busca de intereses que le son propios y que pueden tener algo en común, de ahí el complemento, donde el énfasis radica en la capacidad de los actores estatales y no estatales de apoyarse mutuamente y asumir una corresponsabilidad sobre los asuntos en los que deciden participar<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Para Moore, un modelo corporativo será aquel en el que "instituciones privadas buscan alcanzar sus propósitos a través del gobierno", donde prevalecen las "negociaciones en torno al uso privado de propiedades con valor económico y controladas por el gobierno". Op cit. pág 10.

<sup>14</sup> Jaime Orlando Santofomio al definir la administración pública por particulares, refiere de manera indistinta a las formas de contratación de bienes y servicios, el modelo corporativo y en sentido amplio, todas las formas en las que se expresa la participación ciudadana, social y política en un modelo democrático y de derecho. Yo me alejo de esta interpretación conceptual, al insistir en la diferenciación que debe hacerse entre lo público y lo privado en los esquemas de gestión de los asuntos públicos, objeto del trabajo propuesto y siguiendo el planteamiento que nos guía: el valor público social agregado.

<sup>15</sup> DOMÉNECH, Alfred Vernis, Op. cit.

El planteamiento de Vernis Doménech nos indica el asunto problemático, pues que tanto de lo privado es conveniente para lo público y de que manera es posible capitalizar el interés privado en función del interés de lo público y lograr subordinarlo antes que lo estatal y lo estatal terminen por depender de lo privado (captura del estado). La cuestión analizada parece resolverse con la idea de fortalecer lo institucional desde los atributos de capacidad del estado para administrar la cooperación, con la premisa que en lo estatal no se reduce lo público, ni que lo público es ajeno al interés privado.

De esta manera, el ámbito de lo público no estatal está definido principalmente por la concurrencia de los particulares mediante formas de asociación público – privado que agrega valor público a la gestión de lo social, como lo define Moore. Así, lo público se convierte en una oportunidad de negocio y el estado, según Moore, en un actor económico de particular relevancia, bien sea para promover la rentabilidad privada o para incentivar el valor público, pues al final es el estado el titular de la regulación del uso y el abuso, de los bienes y de los insumos de producción por excelencia. Lo mismo podemos indicar siguiendo a Vernis Doménech, quien a partir de la elaboración teórica de Kramer y Grossman, explica que el marco institucional que sirve de fundamento a la asociación público – privado, es aquel de la continúa colaboración público – privada cuyo centro define la “*colaboración complementaria*”, propia de unas instituciones basadas en el “*pluralismo de bienestar*”. Este es el modelo en el que se logra un equilibrio entre la capacidad del estado y la iniciativa privada en función de lo institucional<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> DOMÉNECH Vernis.Op. cit. Pág 3.

### **1.3. LA CAPACIDAD DEL ESTADO Y LAS CONDICIONES DEL ENTORNO INSTITUCIONAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LO SOCIAL**

El entorno institucional califica el rol del estado y de su capacidad para intervenir en los asuntos de la sociedad, de esto depende el modelo de gestión que resulte adecuado para intervenir un determinado sector de lo social mediante la implementación de políticas públicas, pero a la vez, el modelo de administración también determina el contenido público o no de las instituciones y de ello deriva la complejidad del concepto sobre capacidad estatal y de la definición del modelo de gestión de las políticas públicas que se logre implementar.

Ahora bien, independiente del ámbito de la actuación en lo institucional la comprensión sobre capacidad estatal dependerá de los fines u objetivos acordados y de los medios o recursos destinados y de qué tanto valor se asigne al interés público respecto del interés privado. En efecto, qué puede hacer el estado? y cómo lo puede hacer? y con qué medios?, son respuestas que están condicionadas a lo que se defina como criterio adecuado, esto es, a los presupuestos del modelo institucional y de gestión que se adopte o implemente, definición que ante todo tiene un contenido de decisión política y no técnica. De ahí que toda aproximación a definir el concepto sobre capacidad estatal o capacidad de gestión o incluso sobre capacidad institucional, dependa necesariamente del rol que desempeñan los actores sociales y de lo que estos esperan de sus instituciones, entre ellas, el estado mismo. No es posible entonces una definición abstracta o aislada del reconocimiento del entorno concreto de la realidad y del momento histórico en el que se prediquen las relaciones e interacciones en las dimensiones de lo político, lo social y lo económico, para referirnos solo a estas tres, por ejemplo.

La doctrina entiende por capacidad, el atributo o cualidad de competencia (conocimientos y habilidades) para el desempeño y adaptación permanente al cambio hacia el logro de objetivos que se miden en términos de eficiencia, eficacia y efectividad. Para el profesor Fabián Repetto, capacidad estatal se predica de la *“aptitud de las instancias de gobierno para plasmar a través de políticas públicas, los máximos niveles posibles de valor social, dadas las restricciones de contexto y según las definiciones colectivas de cuáles son los problemas públicos fundamentales y cuál es el valor social específico que en cada caso debiese proveer la respuesta estatal a dichos problemas”*<sup>17</sup>. De esta definición se destacan los siguientes elementos:

a) Del estado se predica la *titularidad legítima para el ejercicio del gobierno público*, con autoridad y potestad pública.

b) *Los fines son públicos*: El objeto para lo cual se predica la capacidad estatal es producto de una definición colectiva. Es la sociedad la que debe identificar el problema público relevante al que le debe asignar un valor social. El valor social debe ser la causa o motivación de la acción del estado. De ahí que deben darse las condiciones para el consenso o la concertación, para la participación en torno a la decisión sobre aquello que merece calificación de valor público.

c) *Los medios pueden ser públicos o privados*, según la iniciativa de donde provengan, pero que en todo caso deben destinarse para lograr un objeto común, el del máximo valor social. Al respecto, lo refiere la definición que sobre capacidad estatal aporta el profesor argentino Oscar Oszlak<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> REPETTO, Fabián. Capacidad estatal: requisito necesario para una mejor política social en América Latina, Ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública. Panamá. Octubre de 2003.

<sup>18</sup> Capacidad es *“la disponibilidad y aplicación efectiva de los recursos humanos, materiales y tecnológicos que posee el aparato administrativo y productivo del estado para gestionar la producción de valor público, sorteando las restricciones, condicionamientos y amenazas de su contexto”*, en OSZLAK, Oscar. Políticas sectoriales, transformación estatal y gobernabilidad en la Argentina: de Menem a Kirchner. Ponencia presentada en el X Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y Administración Pública.



Coinciden Oszlak y Repetto en afirmar que el fin de lo estatal y respecto de lo cual se predica su capacidad, esta justificado en el interés de maximizar o producir valor público, de ahí la importancia en nuestro trabajo por destacar el rol del estado en la promoción de lo público no estatal, esto es, la participación ciudadana en la construcción de capital social que se expresa cuando la sociedad se asocia y organiza para concurrir en la decisión y gestión de lo público, al igual que para promover el sector empresarial desde lo social y con este enfoque, diferente a las demás acciones de incentivo de la inversión empresarial privada vía concesión o vínculo corporativo de gestión<sup>19</sup>.

También coinciden Oszlak y Repetto, al indicar que frente a los desafíos del entorno institucional, la implementación de políticas públicas con un medio orientado a garantizar lo social con las restricciones y potencialidades de lo económico<sup>20</sup>. En efecto, las políticas públicas son un medio o instrumento que posibilita la realización de lo público en la realidad concreta de lo social. De ahí la importancia que las políticas públicas expresen la capacidad del estado y de la sociedad para edificar los asuntos de interés público y determinar un modelo institucional en el que prime el valor de lo público social que subordine lo privado, en términos de la eficacia esperada para el logro de propósitos de la equidad, la inclusión social y el ejercicio democrático de la ciudadanía.

Así, toda actuación pública debe estar concebida para garantizar la equidad en lo social y en lo económico y la legitimidad en lo político, para lo cual, el modelo de actuación pública está sustentado en los presupuestos de eficiencia, eficacia y responsabilidad, por ello que autores como Repetto y Oszlak afirmen como condiciones y atributos de la capacidad, la coordinación intersectorial, la flexibilización ante los efectos del cambio y atención a las demandas de

---

<sup>19</sup> Referir a los apuntes sobre el concepto de lo público no estatal a partir de Mark Moore.

<sup>20</sup> El concepto de los "déficit" de capacidad corresponde a una elaboración conceptual hecha por Oszlak y Repetto a partir de la propuesta metodológica propuesta por Alain Tobelem, definida como el Sistema de Análisis y Desarrollo de la Capacidad Institucional – ICAS-, que se adopta como modelo metodológico y marco analítico para la medición de los déficit de capacidad institucional, estatal y de gestión.

innovación y apropiación de los desarrollos tecnológicos que permiten mejorar los servicios en busca de calidad y sostenibilidad, para lo que se requiere del control como método para implementar la mejora continua. En este sentido, las políticas públicas o cualquier forma de intervención o actuación del estado debe responder a unas específicas condiciones de capacidad y competencia que le permitan abordar el asunto público con el reconocimiento de los marcos institucionales en los que se circunscribe la acción pública y la posibilidad de incentivar la participación, los acuerdos y consensos en los que deba primar la definición de un propósito de agregación de valor social.

## **2. LO PÚBLICO EN EL CONCEPTO SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS Y NUEVA GESTIÓN PÚBLICA: DILEMA ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO.**

Hasta aquí hemos dedicado el análisis a la definición de lo público en la administración de lo estatal y de lo no estatal, en atención a los fines de interés general que demandan la capacidad estatal como principal actor institucional en lo social y en lo económico. Pero este marco de referencia es insuficiente para caracterizar el modelo de gestión de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, pues debemos reconocer que el marco institucional colombiano es hoy producto de los efectos de las políticas internacionales orientadas a la racionalidad del modelo económico y al ajuste estructural del estado y en consecuencia de las instituciones sociales por el énfasis a las medidas de reducción del gasto público en todos los ámbitos y la prioridad al pago de la deuda externa. Estas medidas, para el caso colombiano, son un imperativo de cumplimiento que logra en la década de los años 90', su reconocimiento constitucional y legal, muestra de ello es el capítulo XII de la constitución de 1992 y la ley 142 de 1994, entre otras normas del mismo tenor<sup>21</sup>.

El asunto que nos ocupa en este segundo capítulo es el de caracterizar lo público y lo privado en el concepto de servicio público y a partir de ello, avanzar en la delimitación del modelo de gestión de los servicios públicos a partir de los elementos que nos aporta el debate sobre Nueva gestión Pública y el modelo de privatización del estado, imperante en los últimos 30 años.

---

<sup>21</sup> Solo para entender la incorporación de lo público no estatal y de lo privado en los asuntos antes de competencia reservada del estado, los alcances contenidos en la Ley 90 de 1992, sobre educación superior; la ley 60 de 1993, sobre distribución orgánica de competencias; la ley 99 de 1993, sobre ambiente; la ley 100 de 1993 sobre seguridad social; la ley 134 de 1994, sobre participación ciudadana; la ley 136 sobre reforma municipal; la ley 489 de 1998, sobre estructura orgánica y funcional del estado colombiano, que imprime el carácter de la democratización de la gestión pública. Solo por citar algunos ejemplos del desarrollo normativo y del concepto de lo público no estatal por el incorporado.

## 2.1 EL CONCEPTO SOBRE SERVICIO PÚBLICO EN LA DEFINICIÓN DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN EL MODELO DE GESTIÓN

La delimitación del concepto sobre servicio público domiciliario es pertinente en la medida que nos ofrezca los rasgos característicos del modelo de gestión pública. Ahora bien, para determinar el carácter público o privado de una actividad como es la de prestación del servicio público, se identifican elementos como los siguientes: a) los bienes que son objeto de la prestación; b) los sujetos que acreditan titularidad e interés legítimo en la prestación; c) los fines de la prestación; d) los medios que se disponen para la prestación; e) el régimen jurídico aplicable por la naturaleza de los actos o contratos que amparan la actividad de prestación.

A continuación, procedemos a revisar el concepto sobre *servicio público* a partir de la revisión de tres posturas de contenido teórico y doctrinal, por una parte, los exponentes del pensamiento clásico francés: Léon Duguit<sup>22</sup>, Gastón Jeze<sup>23</sup> y

---

<sup>22</sup> La teoría del servicio público como función inherente al estado y razón de ser de la administración pública desarrollada por Duguit, responde a una concepción que afianza la noción funcional de la administración sustentada en criterios de orden finalístico y teleológico; se asume así que el servicio público es un asunto administrativo público connatural a la función del estado, pues es en la *autoridad pública en la que recae directa o indirectamente la responsabilidad por la prestación del servicio público*, así se lee textualmente del a referencia que sobre la teoría francés hace Jean Rivero en su Tratado de Derecho Administrativo, citado por Jaime Orlando Santofimio, op cit., pg 30. Siguiendo la revisión que sobre el pensamiento teórico de Duguit, hace la doctrina administrativa que es objeto de cita por autores como Jaime Orlando Santofimio, Hugo Palacios Mejía, Hector Dario Santaella, entre otros, podríamos afirmar que la teoría del servicio público es el reconocimiento de lo público tiene sentido en la expresión concreta de lo social y la administración pública es precisamente el medio o instrumento para la conducción de lo público y lo social, del que dispone el estado directa o indirectamente. Con esta perspectiva, Alejandro Nieto, refiere el contenido social del pensamiento francés de Léon Duguit, en una cita que me permito referir de forma textual, toda vez que desde el pensamiento francés de comienzos del siglo XX se identificaban ya los problemas de la administración de los servicios y la intencionalidad privada en los mismos, veamos: "Este autor (se refiere a Duguit) denuncia el desplazamiento que ha experimentado el centro de gravedad de la disciplina – corrido desde la persecución de intereses colectivos a técnica de defensa de derechos individuales-, y para restablecer el equilibrio (puesto que el secreto está en un equilibrio que contrapese los dos elementos) insiste con energía en el fortalecimiento del factor desatendido, o sea en lo que ahora se denominan servicios públicos. A tal efecto, procede a desmontar la concepción idealista del Estado que los juristas conservadores habían estado elaborando durante un siglo. DUGUIT es un pragmático que ha comprendido que los atributos de la soberanía cuasimista con que venían envolviéndose cual pretendían las clases dominantes ocultar el fenómeno de la manipulación egoísta del mismo. A partir de ahora debe volver el Estado (...) al servicio de la comunidad, librándolo de quienes se lo han apropiado". Cita del texto "la vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo", revista de Administración Pública, 1975, pag. 892 y 893, tomado de: SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Op. cit. Pág 76*

<sup>23</sup> Gastón Jeze desarrolla el concepto de administración pública y servicio público a partir de la teoría del interés general, para señalar que es función de naturaleza administrativa pública en la medida que estas actividades de servicio público están concebidas para atender "necesidades de interés general. Tomado de Hugo Palacios Mejía, *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, editado por Derecho Vigente, 1999. pg.8. Desde esta perspectiva, Jaime Orlando Santofimio sostiene que por servicio público se entiende toda actividad de los sujetos u órganos público o privados tendiente a la realización de las necesidades de interés general; afirmando este

Maurice Hauriou<sup>24</sup>. Por otra parte, el concepto a partir del desarrollo del pensamiento económico neoclásico<sup>25</sup>.

**2.1.1 El servicio público es una actividad de naturaleza administrativa pública y de gestión pública.** A la actividad de servicio público domiciliario le es inherente una obligación de contenido social y esencial y es precisamente por esta razón que en las autoridades del estado recae la responsabilidad por asegurar que con la prestación, bajo condiciones de calidad, equidad, eficacia y eficiencia, se garantice la satisfacción de las necesidades que se califican de esenciales o útiles para lograr las mejores condiciones de calidad de vida y bienestar colectivo.

Para asegurar el logro de los objetivos y fines del servicio público, las relaciones jurídicas, así como los actos que deriven de esta actividad deberán estar amparados bajo un sistema de regulación y control también fundado en un régimen especial, el del derecho administrativo público, esto es comprensible en la medida que si la administración es definida por su contenido material, al igual lo debe ser el derecho que le es aplicable, lo que en términos del filósofo italiano Gustavo Zagrebelsky, será expresión de la ductilidad del derecho a la dinámica y cambiante realidad del mundo de lo social<sup>26</sup>.

Rasgos que expresan la naturaleza pública en el concepto sobre servicio público y el modelo de gestión, son principalmente los siguientes: a) El fin social de la

---

concepto, es pertinente la cita que hace Santofimio a Rolland: "El servicio público es la empresa o institución de interés general que, bajo la alta dirección de los gobernantes, está destinada a la satisfacción de necesidades colectivas del público".

En: SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Op. cit.* Pág 76

<sup>24</sup> El postulado sobre "puissance publique", de Maurice Hauriou afirma la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, para distinguir lo que es objeto de regulación por el derecho administrativo especial, de lo que es propio del derecho y la justicia ordinaria. Sus postulados se plantean como un quiebre a la concepción de la administración pública como servicio público de la Escuela de Burdeos.

Al respecto, ver: SANTOFIMIO, Jaime Orlando, Tratado de derecho Administrativo, Tomo I; MONTAÑA PLATA, Alberto. El régimen normativo de la responsabilidad contractual en los servicios públicos domiciliarios. Configuración teórica de las prerrogativas públicas y protección del capital en consideración a su destinación. IV Jornadas de Derecho Público y derecho Administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia; ATEHORTÚA, Carlos Alberto, Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de contratos, Bogotá, publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2006.

<sup>25</sup> Este planteamiento es defendido por Hugo Palacios Mejía. Ver en *El derecho de los servicios públicos*, op. cit.

<sup>26</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Editorial Trotta, 1995.

actividad que se concreta en dos componentes: prestar servicios que satisfagan los derechos de los usuarios en términos de calidad de vida y bienestar; y el segundo, promoción de la participación social en la gestión y los beneficios que de ella deriven; b) la responsabilidad de dirección, planificación, regulación y control reposa en las autoridades públicas; c) La ley como la expresión de la potestad pública y es con este fundamento que se define el modelo de gestión y las reglas de su implementación. Incluso, muestra de esta reserva de potestad es el hecho que el mismo constituyente contempla que sea el municipio, desde la autoridad de lo público desde lo local – más cercano a la realidad de lo social -, que sea el que asuma la prestación, siempre que las condiciones de orden administrativo así lo permitan y aconsejen<sup>27</sup>.

**2.1.2 El servicio público, tiene un carácter público –económico- y su gestión es privada (modelo mixto).** Con fundamento en la teoría de las prerrogativas públicas, en la administración de los servicios públicos se identifica un conjunto de obligaciones que son atribuidas a las autoridades públicas con fundamento en un mandato de ley del cual deriva potestad pública o poder que se ejerce con autoridad, que no puede ser delegado o atribuido a particulares - ámbito de gestión pública-, y que como tal se regirá por las normas del derecho público y los

---

<sup>27</sup> Es del contenido del texto constitucional que puede identificarse el concepto de servicios público con el de administración pública desde una perspectiva teleológica, como ha sido concebido en el primer capítulo de este trabajo. Veamos el tema desde la lectura de los preceptos constitucionales: “**Art. 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 (...) **Art. 366.** El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidad sociales del Estado. **Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.** Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. (...) **Art. 367.** La Ley fijará las competencias y responsabilidad relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrán en cuenta además de los criterios de costos, los de **solidaridad y redistribución de ingresos**. Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación (...) **Art. 368.** La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas. **Art. 369.** La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios (...) **Art. 370.** Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los prestan”.

actos que deriven serán vigilados por un juez especial; distintas de otro ámbito que ya no será de competencia o responsabilidad de las autoridades públicas, que define como los actos de gestión privada y que no necesariamente deben ser objeto de un régimen especial de control. Así lo explica el profesor Jaime Orlando Santofimio al definir el concepto sobre administración pública desde esta perspectiva teórica<sup>28</sup>.

Sistematizado el planteamiento teórico de Hauriou en lo pertinente con la noción sobre servicio público se puede concluir que la razón por la que se atribuye el carácter público al modelo de administración de los servicios públicos está dado en razón a los medios, recursos o instrumentos de los que goza la administración pública -concepción orgánica- para ejercer dicha actividad; capacidad que deriva de un poder especial que otorga la ley. En efecto, la actividad de servicio público reviste tal carácter por las prerrogativas o poderes especiales que han sido otorgadas para su administración y no por el fin de la actividad en sí misma. Siguiendo este planteamiento, la actividad de servicio público puede gestionarse siguiendo un modelo, unos medios y procedimientos de carácter administrativo público, cuando sea expresa la prerrogativa pública estatal, como podría ser el caso de la incorporación de cláusulas exorbitantes en los contratos suscritos con operadores privados, o cuando, se exprese una posición dominante que daba ser objeto de intervención especial para proteger derechos de los usuarios o el caso más explícito, cuando se trate de la reserva sobre bienes y recursos destinados a un servicio público respecto del cual se deba ejercer una especie de monopolio especial o de gestión exclusiva que merezca especial atención; incluso, el caso concreto de la intervención de la iniciativa privada mediante la regulación o el control. Prerrogativas que solo puede otorgar una autoridad pública suprema, en

---

<sup>28</sup> Para comprender el planteamiento teórico que formula Hauriou, se hace necesario precisar que este tiene un propósito específico, distinguir los asuntos del derecho administrativo de los que pueden ser objeto de jurisdicción ordinaria, tomando como ejemplo el derecho anglosajón en el que la regla general es que los asuntos de interés público puedan ser resueltos con fundamento en la normas de la costumbre y del derecho común, estas que están basadas en principios supremos del ordenamiento constitucional.

nuestro caso, el constituyente (Art. 332, 334, 336, 367, inc. 2, 337, 338, 370, entre otros concordantes).

Pero desde la misma perspectiva teórica es posible que la prestación del servicio público responda a actos propios de la gestión privada. Al respecto habría que señalar que una actividad de contenido económico puede ser pública, si se entiende que la economía es un instrumento de realización de lo público – no en el sentido financiero o mercantil del concepto-, y que como tal, puede gestionarse siguiendo los medios privados, carentes de prerrogativas de potestad pública. Esto lo prevé la legislación colombiana que con fundamento en el artículo 367, inciso 1º y de manera concordante con los artículos 333, determina un régimen especial de regulación de los actos o contratos que derivan de la prestación de servicios públicos, que se rigen por el derecho privado, como incentivo a la iniciativa y la actividad económica de las empresas (ESP), aspecto puntual que lo regula la ley 142 de 1994, modificada por la ley 689 de 2001 y que en términos de Alberto Montaña Plata pareciera ser la regla general en la implementación de los servicios públicos domiciliarios, a llegar incluso a plantear su liberalización<sup>29</sup>, pero no en los términos de externalización o privatización como entendemos en el numeral anterior.

Por su parte Carlos Alberto Atehortúa distingue un modelo mixto de administración de los asuntos públicos; de la lectura de este autor, observamos la incorporación a la discusión los elementos que caracterizan lo que se denomina Nueva gestión Pública, previendo la gestión empresarial privada como modelo incluso hacia

---

<sup>29</sup> En términos de Montaña Plata: "Este es el principal reto que debía afrontar el legislador, al momento de establecer el régimen de los servicios públicos domiciliarios: desarrollar una construcción normativa coherentes de cuna actividad que involucra deberes y responsabilidades públicas, pero que al mismo tiempo goza de una connotación económica que hace imperativa la garantía de algunos derechos de índole individual, principalmente la libertad económica privada, la libre competencia y la libertad de empresa (...). La regla general del régimen jurídico de todas las empresas de servicios públicos se encuentra consagrada en el artículo 32 de la ley 142 de 1994, en los siguientes términos: "Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución y todos los actos de las empresas de servicios públicos, así como los requisitos para la administración y el ejercicio de todos los derechos de todas las personas que sean socias e ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas de derecho privado.

En: MONTAÑA PLATA, Alberto. El Régimen normativo de la responsabilidad contractual en los servicios públicos domiciliarios. Configuración teórica de las prerrogativas públicas y protección del capital en consideración a su destinación. Op cit. pág 586 y 587.



dentro de la estructura funcional del Estado, lo que se conoce como endoprivatización<sup>30</sup>.

Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado coinciden en afirmar que la prestación de servicios públicos no es una función administrativa pública por regla general, sino solo en aquellos casos en los que se ejerce una prerrogativa pública que le atribuiría ese carácter especial<sup>31</sup>.

**2.1.3 ¿El servicio público es siempre una actividad económica de gestión privada?** La tercera postura teórica y doctrinal define el servicio público como una actividad económica, que puede tener una finalidad comercial, y cuya gestión es de carácter privada. Este concepto, como lo refiere la doctrina, está sustentado en presupuestos del modelo económico que derivan de la teoría neoclásica fundada en la racionalidad pública, la agencia, la eficiencia y en un sistema de incentivos que propician la competencia privada en busca de beneficios en lo individual al menor costo posible. Este es el concepto sobre servicio público que adopta el modelo de gestión implementado tras las reformas al estado de corte neoliberal. Desde esta perspectiva conviene revisar los elementos o rasgos característicos de toda noción: lo sujetos y el objeto, aplicable a la de servicios públicos:

---

<sup>30</sup> Carlos Atehortúa, al definir el concepto sobre servicio público insiste en afirmar la teoría de Léon Duguit, al señalar que lo que la caracteriza no es en sí el sujeto titular, o el régimen jurídico aplicable, sino el fin al que se destina la actividad: "cuyo epicentro ha dejado de ser el Estado para ser el ciudadano – es la defensa del interés general, expresada en la protección del débil, en el mejoramiento continuo de la calidad de vida de los ciudadanos, en la eliminación de todo tipo de ineficiencias que afecten la gestión de los servicios públicos, en el control de los abusos de poder de los proveedores de servicios y de las autoridades, en la evaluación de la gestión pública de resultados y en la aplicación de instrumentos de medición que posibiliten la mejor utilización de todos los recursos humanos y materiales en beneficio de los integrantes de la sociedad". Por esta razón, el autor plantea la Mutación del derecho administrativo, donde el centro de atención no es el estado, sino el objeto de lo público, gestionado por el estado o por particulares. En: ATEHORTÚA, Carlos.Op. cit. pág17.

<sup>31</sup> A modo de referencia, Consejo de Estado: Sala Plena, Sentencia del 23 de septiembre de 1997, Exp. S-701, Mag. Carlos Betancur Jaramillo; Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Sentencia el 17 de febrero de 2005, Rad. # 50001-23-31-000-2003-0027-01 (27673); Mg ponente, Alíer Eduardo Hernández Enriquez; Sentencia de febrero 8 de 2007, Rad. 05001-23-31-000-1997-02637-01, Mag ponente, Enrique Gil Botero; Corte Constitucional: C – 181 /1997; T 578/1992; C263/1996; C579 /1999; C 558/2001; C389/2002; C037/2003;

a) *En cuanto a la titularidad de la actividad de servicio público*, Acorde con el mandato constitucional señalado en el inciso 2 del art. 367, la regla general no es que los particulares implementen por derecho propio la gestión de los servicios públicos, al serles reconocida su mayor capacidad y experiencia técnica y financiera. No, la constitución ordena algo diferente, que son los municipios los primeros llamados a responder por la prestación u operación de los servicios y que en el supuesto que no acrediten las condiciones de capacidad técnica requerida, deberán incentivar, promover y generar condiciones para que los particulares se vinculen a dicha actividad, garantizando la libre competencia que estimule la iniciativa empresarial privada, entendida la empresa como el principal factor de desarrollo económico y social y estable en una sociedad. De esta manera es concordante el inciso 2 del artículo 367 con los artículos 365 y 333 de la C.P.

b) *El segundo elemento, refiere a la naturaleza de los bienes y servicios que son objeto de suministro en un entorno de asociación de lo público con lo privado*. Al respecto, Alfred Vernis nos informa que en un entorno institucional de complejas relaciones entre el estado y el mercado, los bienes y servicios destinados a la satisfacción de necesidades sociales pueden ser objeto de producción y distribución, e incluso, de comercialización, de manera indistinta por parte del estado como por parte de los particulares, dentro del grupo de particulares se identifican las organizaciones de tipo societario o empresarial con ánimo de lucro y las que carecen de este interés de lucro financiero o accionario, pero que al final tiene un interés dado por el objeto comercial que acompaña su creación, como es el caso de las fundaciones o asociaciones, también las personas naturales pueden ser productores y distribuidores de bienes y servicios. Otro aspecto a considerar, es el del pago por estos bienes o servicios, respecto de lo cual se afirma que tanto en los sujetos del sector público, en este caso el estado, como los particulares, especialmente, los usuarios, individualmente considerados, pagan un valor por el servicio. El estado invierte por y para la provisión del bien o servicio, bien que lo

produzca directamente o que para ello requiera de terceros en el sector privado. En este sentido, la naturaleza pública o privada de la actividad, no depende de quien produzca, distribuya o pague por el bien o el servicio. Generalmente como sucede en el caso colombiano, la producción y distribución del servicio domiciliario la hace un empresario privado por mandato del Estado y financiado y con la infraestructura del Estado. Los usuarios pagan por el servicio. El agente privado opera el servicio en condición a los resultados pactados y en un marco de libertad económica regulada.

Este modelo le imprime a los bienes o servicios un contenido económico, resultado del entorno de libertad en el que se desarrolla la actividad, pero por ello no se puede afirmar un rasgo diferenciador entre público y privado, pues el hecho de tener contenido económico no quiere decir que estén a disposición patrimonial o de libre enajenación en el comercio y según las reglas del mercado. Lo que si se debe contemplar es que tratándose de los servicios públicos domiciliarios, el bien y el servicio tiene un valor de de capital intensivo, como lo califica Vernis Doménech<sup>32</sup>; son bienes caracterizados por requerir alto influjo de capitales provenientes tanto del sector público como de la inversión privada, capital necesario ante las exigencias de capacidad técnica y financiera y de infraestructura especialmente diseñada para atender masivos sectores de la población en condiciones de cobertura e incluso de desigualdad socio económica, lo que calificaría a un bien por su destino y consumo, entre colectivo e individual.

Ahora bien, siguiendo el planteamiento del autor en comentario, un bien o servicio cuya producción sea de uso colectivo pero cuyo consumo final depende de una decisión individual (bien colectivo de consumo individual), puede ser gestionado de forma privada e incluso predicarse la privatización del modelo de gestión, pues se trataría de bienes que pueden estar incorporados al sector empresarial privado y el interés colectivo no estaría en riesgo, por el contrario, sería más eficiente y

---

<sup>32</sup> VERNIS DOMÉNECH, Alfred. Op. cit. pág. 9

eficaz, pues el usuario tendría la opción de decidir los mejor en términos de calidad y precio, ejemplo: la telefonía fija y móvil, incluso el gas. Pero cuando se trata de bienes cuya producción y consumo es colectiva y dicha prestación no puede ser objeto de racionalidad por el interés público que en ellos está representada y respecto de la cual no se puede disponer autónomamente por parte del agente operador, tampoco por parte del usuario, quien no tendría capacidad de elección en términos de calidad o de precio – paga la tarifa siendo satisfecho o no, incluso no tendría opción de decidir cuándo hacer uso del bien o no, pues las condiciones vitales son irrenunciables, estamos ante supuestos en los que no procede la privatización, ni basta que la administración sea confiados a la gestión privada, limitándose el estado a regularlos, lo que implica eficaz y directa intervención para garantizar “un nivel continuado de calidad alto, por su importancia para el funcionamiento de la economía”<sup>33</sup>, como sería el caso del servicio de acueducto, alcantarillado, electricidad, y por sobre todo, el aseo y el saneamiento.

En estos casos en particular, se predica que el bien es público (intensivo capital y consumo colectivo vital), por ende la gestión es pública, planteamiento que tiene un asidero en una perspectiva económica en la que esta de por medio el valor público de lo económico y de lo social, también un asunto de razón pública, según la cual aquellos ámbitos en los que no es posible garantizar las fuerzas de mercado en condiciones de igualdad y equilibrio entre la oferta y la demanda, ameritan la intervención estatal, en los términos como lo explica Joseph Stiglitz, al definir los bienes públicos puros como aquellos que tienen dos propiedades esenciales. En primer lugar, no es viable racionar su uso y, en segundo lugar, no es deseable racionarlo.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, pág 9.

<sup>34</sup> STIGLITZ, Joseph. *Economía del Sector Público*. Barcelona, Editorial Antoni Bosch, 1995. pág 133.

Es precisamente por razones de equidad y razonabilidad pública que no resultaría conveniente ni aceptable que bienes públicos de los que depende la vida e integridad personal individual, sean sometidos a condiciones de producción, distribución y consumo de decisión empresarial privada, caso en los que la equidad se subordinaría al criterio de la eficiencia, como pareciera que fuera el planteamiento de autores que atribuyen al modelo de gestión de los servicios públicos domiciliarios un carácter en esencia privado, de libre disposición a las reglas del mercado, con fundamento en la teoría neoclásica en las que se sustenta las políticas neoliberales de privatización, como pareciera ser el concepto que en algunos casos adopta el Legislador colombiano al regular las relaciones de orden jurídico contractual contenidas en la ley 142 de 1994, art. 32 y siguientes.

Con los planteamientos expuestos desde las tres perspectivas teóricas y para el caso concreto de los servicios públicos domiciliarios, en la modalidad de aseo y saneamiento básico -predicable también para el agua y la electricidad-, nos sostenemos en afirmar que la actividad de servicio público es de naturaleza administrativa pública, esencialmente por el contenido esencial y colectivo (*puro*) del bien que es objeto de prestación, además, por tratarse de bienes para cuya producción y distribución se requiere de intensiva inyección de capitales.

Estos rasgos caracterizan la opción por un modelo de gestión pública que vincula de manera directa la intervención del Estado en todos los ámbitos y en especial en aquellos donde predomine la concurrencia empresarial privada. Se trata de un planteamiento que está en oposición al de la tendencia por retraer al estado y priorizar la inversión y gestión empresarial privada, implementada en la práctica institucional pública colombiana desde la década de los 90 y que sigue vigente.

## **2.2 EL CONTEXTO INSTITUCIONAL QUE DEFINE EL MODELO DE GESTIÓN, EN EL MARCO DE LAS REFORMAS DEL ESTADO DE SEGUNDA Y TERCERA GENERACIÓN**

Independiente del juicio que merezcan los propósitos que orientaron las reformas del estado en los últimos 50 años, lo cierto es que en un entorno institucional que valore lo público como valor supremo, el modelo ideal siempre será aquel en el que el estado, la sociedad y la economía (expresada en el mercado), se identifiquen como instituciones de necesaria complementariedad y vínculo asociativo<sup>35</sup> y en el que además, al estado se le reconozca su capacidad de ser el principal actor de promoción y regulación de la institucionalidad económica – actor económico por excelencia-. En este contexto, la sociedad depende del estado y de la economía para su realización práctica, son sus principales instrumentos para el logro de los objetivos de una ciudadanía eficaz. La economía, por su parte, depende del marco institucional que el estado le sirva garantizar y el estado, sólo tiene razón de ser al propender por el desarrollo de un orden social y económico justo, equitativo y del cual se predique eficiencia en la administración de los recursos disponibles.

Pero este modelo de complementariedad institucional centrada en lo social no es precisamente el que nos refiere la reforma constitucional de los años 90'. El modelo de gestión de los servicios públicos que se implementó con la reforma del año 1994 se identifica con una institucionalidad que reconoce la capacidad “mítica” del mercado en oposición a la del estado, para que sea regulado desde dicho ámbito (el mercado), los asuntos de interés de la sociedad con fundamento en presupuestos económicos sobre “liberalización”, “eficiencia”, “competitividad”, “racionalidad” e incluso “privatización” en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios que son definidos como útiles o esenciales para la satisfacción

---

<sup>35</sup> Así lo define la doctrina sobre lo público especialmente la literatura del CLAD: autores como Luis Carlos Bresser Pereira, Nuria Cunill, además de Alfred Vernis Doménech, entre otros.

de condiciones de calidad de vida de los individuos y en consecuencia, adecuado para el desarrollo económico y social. Así lo explica el Profesor Omar Guerrero<sup>36</sup>.

De esta manera, el modelo de gestión de los servicios públicos nos plantea un dilema entre lo público y lo privado, pues observamos que es el resultado del intento constituyente por responder apresuradamente a la exigencia financiera internacional de adopción de políticas neoliberales para el manejo del estado y la economía, y a la vez, hacerlas compatibles con la demanda de erradicar la pobreza y la desigualdad imperante en la sociedad colombiana, sumado a las exigencias locales de pluralismo y participación democrática.

En el mismo sentido lo explica Luiz Carlos Bresser Pereira, al indicar que ha sido un grave error en la reforma de primera generación -neoliberal-<sup>37</sup>, presumir que al fortalecer el mercado se fortalecerían las instituciones, incluso que el estado sería el primer beneficiado al reducirle su ámbito de acción e intervención en el sector financiero y productivo de la economía, ante la presunción que el estado carecía de capacidad financiera para sostener la infraestructura social y al atribuirle la causa de las distorsiones clientelares y oportunistas con las que se restringía la libre competencia y la inversión privada. Se pensó entonces que el mercado autoregulado desde lo financiero, era la alternativa para incentivar al sector privado en la producción, distribución y comercialización de los bienes de contenido social, y que en reconocimiento a la capacidad tecnológica de este sector privado, se mejorarían los estándares de calidad, cobertura, que sumados a la eficiencia en los costos de producción, el resultado final es mayor beneficio al

---

<sup>36</sup> Al respecto, habría que advertir que calidad de vida es un concepto que en esencia tiene fundamento en los conceptos de racionalidad individual y que no siempre el logro de un bienestar o calidad de vida acorde a un estatus social, conlleva implícito el interés del bienestar colectivo o del desarrollo en términos de solidaridad, justicia y equidad.

<sup>37</sup> Para algún sector de la doctrina se trata de un segundo periodo de reformas, pues la primera reforma corresponde a la de adopción del estado de bienestar tras la segunda posguerra, que afianza el rol de intervención del estado e implementa un modelo burocrático de administración pública. Al respecto, ver MORALES, Cástulo. Informe de Investigación sobre Modernización del Estado y Gestión pública. 2007.

usuario<sup>38</sup>. En este contexto, se sitúa la privatización como principal alternativa para generar los vínculos con el sector privado y permitirle su participación para la atención de los asuntos públicos en un marco de mercado autorregulado a su cuenta y riesgo.

Para una segunda etapa de reformas, se predica la modernización de la capacidad administrativa, mediante la implementación de los modelos de una Nueva Gestión Pública que apropián precisamente la experiencia de la gerencia empresarial privada, con una finalidad concreta, regular el modelo económico para afianzar las condiciones de producción, distribución, comercialización de bienes y servicios públicos bajo condiciones de mercado e incentivando la iniciativa empresarial privada. Como ya lo indicamos, el objetivo no es fortalecer la capacidad del estado para que desde lo público estatal se asuma la administración de los asuntos públicos en términos de gobierno y gestión, sino la de adoptar lo que podría denominarse un modelo de estado que gerencia la gestión privada de los asuntos públicos, estando presente el objetivo de privatización ya introducido con la reforma neoliberal y a lo que Omar Guerrero refiere como “*management público*”.

Como crítica al proceso de reformas tanto de primera como de segunda generación, el profesor Oscar Oszlak refiere la dificultad para lograr identificar cuando estamos ante un proceso de reforma del estado y cuando se trata solo de una reforma al modelo económico y un segundo aspecto, la independencia de la

---

<sup>38</sup> En términos de Bresser Pereira, el “neoliberalismo suele definirse como un liberalismo económico radical, como la ideología del Estado mínimo y de los mercados autorregulados (...) Es, por lo tanto, una ideología eminentemente reaccionaria. Una ideología que – apoyada en la teoría económica neoclásica de las expectativas racionales, en el nuevo institucionalismo y en las versiones más radicales de la escuela de la elección racional- montó un verdadero asalto político y teórico contra el Estado y los mercados regulados. (...) la teoría económica neoclásica buscó demostrar la inutilidad de la acción reguladora del Estado (A partir del modelo de Franco Modigliani y Merlon Millar, los economistas neoclásicos crearon una teoría financiera, según la cual los mercados son intrínsecamente eficientes y no dependen tanto del estado como de las decisiones particulares de los administradores financieros); el nuevo institucionalismo (basado en los costos de transacción), intentó transformar el Estado en un “segundo mejor” en relación con el mercado; la teoría de la elección de la elección pública (public choice) transformó el estado en una organización intrínsecamente corrupta; y las versiones más radicales de la elección racional (rational choice) redujeron la política a un juego de ganancias y pérdidas en el mercado.

BREESER PEREIRA, Luiz Carlos El asalto al Estado y al mercado: neoliberalismo y teoría económica. Revista Nueva Sociedad, No. 221, Mayo – junio de 2009.



reforma del estado con la “naturaleza de la organización social y política preexistente”<sup>39</sup>. En efecto, siguiendo a Oszlak, las reformas al estado rotuladas con la denominación de primera y segunda generación, responden en su características más a un cambio en el modelo de intervención económica de los estados nacionales (para el caso de la primera) y a una modernización – vía endoprivatización- de la estructura orgánica y funcional de las administraciones públicas (segunda generación), por ello podría entenderse que en ninguno de los casos, el propósito final haya sido el de fortalecer las instituciones de orden político y social en las que se expresa la acción pública de los estados.

### **2.3 LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA: ¿QUÉ GERENCIA EL ESTADO? ¿QUÉ ADMINISTRAN LOS PARTICULARES?**

Como se ha dicho, las reformas de primera y segunda generación no le han permitido al estado ni a los particulares fortalecer el vínculo que le permita edificar un concepto sobre valor público social que en términos del profesor Fabián Repetto nos obliga a plantear como reto, la edificación de la institucionalidad social, entendiendo por este concepto “el conjunto de reglas de juego formales e informales (incluyendo las rutinas y costumbres organizacionales) que enmarcan el contenido y la dinámica administrativa y política de las políticas sociales. Para todos los involucrados, la institucionalidad social representa un entramado de incentivos que estructura sus límites y oportunidades de negociación y acción, lo cual sin embargo no clausura las posibilidades para que se avance en transformaciones más o menos amplias de dicha institucionalidad<sup>40</sup>” para lo cual es necesario que la sociedad fije unas reglas de juego que prioricen lo social y no lo económico y menos aún, que desconozcan en el estado la capacidad de

---

<sup>39</sup> Cita a Oscar Oszlak, “estado y sociedad: las nuevas reglas del juego”, tomada de “Las políticas públicas y las nuevas relaciones Estado – Sociedad: Los casos de Chile, Colombia y Guatemala. Publicación de la Pontificia Universidad Javeriana en asocio con la Universidades Alberto Hurtado (Chile) y Rafael Landivar en el marco de la cooperación apoyada por la Unidad para la Promoción de la Democracia (UPD) y la OEA, 2004, pg 32.

<sup>40</sup> REPETTO, Fabián. Capacidad estatal: requisito necesario para una mejor política social en América Latina, op.cit pág 2.

intervención en los diferentes ámbitos o componentes de la acción pública, desde la dirección hasta la gestión en provisión de bienes y servicios que son públicos precisamente por su carácter de esencialidad y utilidad al cumplimiento de fines de contenido vital para los ciudadanos.

En efecto, en los términos analizados por autores como Fabián Repetto, Oscar Oszlak y Omar Guerrero, los efectos de las reformas al estado y que fueran promovidas desde el sector financiero internacional (BM, FMI), han producido cambios estructurales que no en todos los casos le han permitido al estado y a la sociedad encauzar un rumbo certero hacia la atención de las demandas ciudadanas de legitimidad y fortalecimiento democrático, no solo en el plano ideológico o político, sino en el ámbito de lo real y concreto: el acceso a los servicios de primera y segunda generación: salud, aguda, educación, etc.

En efecto, los ajustes al modelo de interacción del estado con los asuntos sociales y económicos, traen consigo más desafíos que soluciones, que nos sitúa en el debate sobre Nueva Gestión Pública que en concepto de Omar Guerrero mal puede ser asociada al término de “new public management”, ajeno a la realidad institucional en América Latina, precisamente en la medida que prioriza métodos de gestión privada sustentados en conceptos de desregulación, liberalización de los mercados, racionalidad financiera, eficiencia y competitividad, en contextos en los que debe primar la intervención, la regulación y la eficacia. En concreto, la modernización de la administración pública, guiada por los conceptos de Nueva Gestión Pública<sup>41</sup>, introduce los conceptos en los que se inscribe el marco institucional para la gestión de los servicios públicos domiciliarios y que tras la revisión de la doctrina se resumen así<sup>42</sup>:

---

<sup>41</sup> En términos del profesor Michael Barzelay, la Nueva Gestión Pública es ante todo un espacio para el “diálogo globalizado”, que recoge todas aquellas tendencias o posturas teóricas y doctrinales referidas al *buen gobierno*, el *liderazgo gerencial* para definir la *cadena de agregación de valor público* a la gestión, que apropiada a los desarrollos tecnológicos debe modernizar los sistemas administrativos.

<sup>42</sup> La síntesis ha sido elaborada a partir de los rasgos característicos del modelo identificados por Michael Barzelay, Fabián Repetto, Oscar Oszlak, María Isabel García Sánchez, Luiz Carlos Bresser Pereira, Alejo Vargas, Castulo Morales, Ivan Andreu Barbería (Tesos

a) El estado se despoja de su rol de interventor para asumir una posición de regulación, supervisión y control de la gestión a la que concurren los particulares en condiciones de libertad controlada. Se afirma el carácter gerencial que debe facilitar las condiciones libre competencia para que sea el sector privado el que intervenga directamente en la provisión de los bienes y servicios de contenido económico y social. En atención a los objetivos de modernización gerencial, el estado hacia su interior debe apropiarse los métodos de desarrollo administrativo y avance tecnológico que de manera eficiente le permitan disponer de recursos humanos, técnicos y financieros, para relacionarse con la ciudadanía y en general con el sector privado, su principal demandante en términos de lo público<sup>43</sup>.

b) La gestión de los asuntos públicos desde lo estatal pasa de un enfoque universal a uno donde el énfasis es sectorial y está focalizado a los sectores discriminados por condiciones económicas y sociales. Ello explica las medidas tendientes a garantizar subsidios y la selectividad en las políticas de redistribución de los ingresos. Se trata de una forma de mitigar los fallos sociales del mercado.

c) Se predica la dirección de la política económica en cabeza del estado, con el principal propósito de afianzar las medidas de intervención del gasto público con enfoque en lo social; se prioriza el financiamiento público cuando se trata de ejecutar políticas sociales.

---

doctoral titulada: Modernización y Nueva Gestión en los Ayuntamientos del CAMP de Taragona, publicada por la Universidad de Rovira I Virgili, 2010 y el trabajo de investigación coordinado por María Antonieta Huertas, Martha Lucía Márquez, Carlos Fabián Pressaco Chávez, titulado: Las políticas públicas y las nuevas relaciones estado – sociedad: Claves para el debate, publicado por la Pontificia Universidad Javeriana.

<sup>43</sup> Implementar sistemas de gestión de la calidad, que afiance los procesos de monitoreo, control y evaluación acordes con un servicio dispuesto a la satisfacción del cliente; desarrollar políticas de gobierno electrónico para democratizar la gestión pública en todos sus ámbitos; mejorar los procesos y procedimientos de información contable y presupuestal; fortalecer la formación de recurso humano bajo un modelo que priorice la selección y desempeño por razones de mérito y competencia y asumir la rendición de cuentas como una estrategia de modernización y control, son algunos de los propósitos de la Nueva Gestión Pública.

d) Se afianza la descentralización política, administrativa y financiera como medida para garantizar la atención de los planes y programas públicos desde lo local. El municipio asume la responsabilidad de garantizar la prestación de los bienes y servicios públicos, cuya planificación se coordina y articula con las políticas de orden nacional y departamental, para el caso colombiano.

e) El modelo de gestión tiende a la democratización mediante la promoción de la participación social en el ejercicio de actividades de control que se predica fundamentalmente de la actividad pública estatal. El modelo también predica la promoción de las diferentes formas de asociación entre el estado y las organizaciones sociales sin ánimo de lucro, como alternativa para la implementación de la gestión pública (público no estatal), lo que para el caso colombiano no ha tenido mayor desarrollo en el sector de los servicios públicos domiciliarios, que nos lleva a advertir un déficit de participación comunitaria que impide el “pluralismo de bienestar”.

f) La gestión pública se asume en términos de definición de roles y responsabilidades, en virtud de lo cual el desempeño de los actores se mide en función a los resultados según objetivos previamente planificados y concertados (acuerdos de gestión). El modelo busca incentivar el liderazgo gerencial y que la gestión sea vista como una cadena de valor de ahí la gestión por resultados y la rendición de cuentas como un importante instrumento de medición integral.

La implementación de las políticas públicas sociales se asumen bajo un modelo de privatización, que en términos del profesor Repetto, es un modelo esencialmente e “desregulación de la seguridad social”. En efecto, el énfasis de la reforma radica en el criterio de eficiencia que conduce a implementar la competencia abierta a sectores no estatales para que estos asuman la provisión de los bienes y servicios públicos protegiendo para ello la participación del sector empresarial privado,

como lo define el legislador colombiano para el caso de los servicios públicos domiciliarios.

La Nueva Gestión Pública introduce importantes cambios de orden institucional público, no solo en lo normativo sino además en la cultura organizacional de la administración pública y de la manera como ésta se relaciona con el entorno social y económico. En estos términos lo concibe Isabel María García Sánchez, para quien Nueva Gestión Pública supone una nueva racionalidad normativa y cultural<sup>44</sup>.

#### **2.4 EL DÉFICIT INSTITUCIONAL EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: PROBLEMA DE AGENCIA Y CONTRATOS**

Aproximarnos al reconocimiento del modelo de gestión de los servicios públicos domiciliarios en un entorno institucional definido por el efecto de las políticas neoliberales, que hoy demanda un estado regulador que afianza modelos de modernización en términos de eficiencia e incluso de equidad, donde se discute precisamente que tanto de lo público y que tanto de lo privado merece atención, obliga a detenernos en uno de los elementos característicos de la reforma y de la NGP, que dan cuenta de la privatización en el sector público y a ella debe la causa del déficit institucional que se atribuye desde lo social.

En efecto, una nueva gestión basada en los criterios de eficiencia e implementada bajo el modelo de agencia y contractualización, es precisamente expresión de lo

---

<sup>44</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, Isabel María, La Nueva gestión Pública: evolución y tendencias. Presupuesto y Gasto Público del Instituto de estudios fiscales de la Universidad de Salamanca, No. 47, Mayo de 2007.

Para la autora, nueva gestión pública es una combinación de conceptos sobre nuevo institucionalismo, que orientan la reforma de las administraciones públicas a partir de desarrollar criterios de fundamento económico como son la "competencia", la "elección", la "agencia", los "costos de transacción", con otros conceptos que refieren a la forma de organización gerencial hacia adentro, que en los términos citados refieren a "Neotaylorismo", y que en términos de Michael Barzaley, se identifica con el concepto de "posburocracia"

que conocemos como “*new public management*”, o privatización de la y en la gestión pública, concepto que se desarrolla a continuación.

**2.4.1 El “new public management” es un método de privatización aplicado a los modelos de administración pública.** El “*new public management*” más que un concepto es un enfoque estratégico y técnico apropiado desde la perspectiva doctrinal de la Nueva Gestión Pública que tiene como presupuesto, la Privatización en la / de la administración de los asuntos públicos. Entendemos por privatización el concepto definido por Omar Guerrero y por John Vickers y George Yarrow, para quienes privatizar es toda forma de externalizar (entregar a manos privadas y bajo reglas privadas) no solo la titularidad patrimonial sobre bienes públicos, como sería el caso de la venta de activos de empresas públicas, sino además, toda forma de transferir de forma transitoria o permanente, bienes y recursos e incluso actividades de las cuales se pueda derivar rentabilidad o ganancia para fines privados y con ánimo de lucro, independiente de la justa contraprestación debida por concepto de contratación para la producción privada de los servicios o el caso de las concesiones<sup>45</sup>.

De esta manera, la privatización es toda forma de lucro o apropiación privada de rentas derivadas de la administración y maximización de bienes o servicios que por naturaleza no tienen carácter de rentabilidad privada sino pública. En efecto y en términos del profesor Omar Guerrero, privatizar conduce a trasladar a manos privadas lo que antes era objeto de administración estatal con el fin lograr la

---

<sup>45</sup> De esta manera se interpreta el concepto de Omar Guerrero que refiere a “*endoprivatización*” y “*exoprivatización*”, para delimitar los fenómenos de privatización hacia el interior de la administración y hacia fuera – *externalización* o *liberalización*-, que se desarrolla en los trabajos titulados: “El mito del nuevo ‘Management’ público, publicado por revista gerencia, Volumen 9, No, 25, Marzo de 2006; “La privatización de la administración pública”, publicado en Revista de Administración Pública, Volumen XXI, No.2, junio de 1989. Al igual que el concepto de John Vickers y George Yarrow en el trabajo titulado “Un análisis económico de la privatización”, traducido al español por Eduardo Suárez en 1992 y publicado en México por el Fondo de Cultura Económica, en su primera edición al español. Este trabajo explica el llamado programa de privatizaciones de la Gran Bretaña en la Administración de Margaret Thatcher desde 1979 y nos ha sido útil para comprender la aplicación de las nociones sobre regulación, con sus principales tareas dedicadas a la competencia y la generación de incentivos. El concepto sobre privatización de Yarrow y Vickers también es citado por Jairo Bautista, como marco de referencia para el trabajo de investigación sobre privatización realizado en el año 2010.

eficiencia, ésta que es entendida como toda forma de minimización de costos y maximización de rentas o utilidades financieras que al final benefician el lucro de los administradores privados y no la distribución en beneficios del conjunto de la sociedad destinataria de los servicios provistos<sup>46</sup>. A partir de este concepto, privatización se asimila a toda forma de externalización, “desincorporación”, “liberalización”, “desregulación” y concesión de bienes y recursos públicos para su disposición privada, acorde a reglas de gestión empresarial privada, donde toda negociación y definición sobre la eficiencia y la equidad sobre lo público bien puede ser redefinida por lo privado si de ello deriva mayor eficiencia y eficacia en el logro de los objetivos y resultados pactados con convenidos contractualmente. Este es el contenido que se incorpora en el concepto sobre Nuevo Manejo Público – “new public management”.

El nuevo manejo público se predica en términos de racionalidad y liberalización económica, en atención a condiciones de mercado abierto expresado en la libre competencia y la libertad empresarial. En efecto, Nuevo Manejo Público significa introducir el modelo empresarial privado a la gestión pública, de ahí el perfil gerencial de las reformas, al punto de pretender separar al gobierno de los asuntos de la administración, en el entendido que el manejo público responde a criterios técnicos y no políticos, lo que distancia la gestión de la política, al punto de que se pueda afirmar hoy que la prestación de un servicio público domiciliario es una actividad de gestión privada y no pública, en el sentido político y material del concepto.

---

<sup>46</sup> Sobre la diferenciación entre administración privada frente a administración pública, el profesor e investigador Jairo Bautista define por rentabilidad privada, aquella que responde a la función de maximización del productor, que se valora en términos financieros y se asocia con la explotación de un activo, bien o propiedad de naturaleza privada. Rentabilidad pública, por oposición, respuesta a la función de maximización del bienestar y se asocia con la explotación de un activo, bien o propiedad de naturaleza pública. En tanto que la medición de la rentabilidad privada se acopia de criterios financieros. La rentabilidad pública se mide en términos de la satisfacción, la mejora de la calidad de vida, la eficacia, la eficiencia y la efectividad. Así, siguiendo el planteamiento de Jairo Bautista: “Cuando las empresas públicas pasan a manos privadas, dejan de responder a objetivos políticos o sociales (redistribución de la riqueza, generación de empleo, etc) y su marco de actuación está guiado por la lógica del mercado en el cual el indicador principal es la utilidad, lo cual supone que cualquier “ineficiencia” que se interponga en el alcance de este objetivo es eliminada con el solo hecho de privatizar”.

Tomado de GIRALDO GIRALDO, César. La privatización en Colombia: elementos conceptuales para una comprensión integral de sus significados, sus impactos y sus dimensiones”. Informe final de Investigación del Grupo de Investigación sobre Finanzas Públicas y Ciudadanía, liderado por el profesor Cesar. ESAP. Bogotá. Diciembre de 2010. Sin publicar.

Se trata de un modelo de gestión privada de asuntos públicos o de “public management” a la que bien se puede rotular de “mitológica”, al pretender contener en los conceptos sobre agencia y contractualización -con tendencia a la privatización-, todo un conjunto de complejas relaciones de orden público reducidas al ámbito de los asuntos privados, lo cual carece de fundamento y arraigo teórico y conceptual, asunto que tratándose de los servicios públicos para nada es novedoso, pues desde comienzos del siglo XX, Duguit afirma la tendencia a una “mala conciencia” en la administración de asuntos públicos, cuando plantea su preocupación por un desplazamiento de los servicios públicos del ámbito natural que le es inherente, o sea el público, hacia el privado, justificado, según él, a un “fenómeno de manipulación egoísta” e individualista sobre la concepción del estado que pretende perseguir interés colectivo a técnica de defensa de derechos individuales<sup>47</sup>.

Pues bien, al igual que hace más de un siglo, hoy la gestión de los servicios públicos padecen del mismo problema que entonces, lo que varía son los argumentos que matizan la justificación, la técnica actual es la perseguir, vía contratos, intereses particulares a propósito de atender necesidades colectivas, donde no es la ley que otorga la prerrogativa sobre lo público, sino el pacto o contrato, de donde derivan los derechos tanto de los particulares que intervienen en la persecución del ánimo de lucro, como el derecho patrimonial de los usuarios a consumir un servicio que le de satisfacción como contraprestación a un pago por ello, con esta premisa se afirma un segundo elemento de la discusión sobre relaciones jurídicas contractuales de tipo comercial y patrimonial acorde a la estructura de la sociedad feudal del siglo XV, donde el interés de satisfacción y seguridad por lo público es objeto de transacción.

---

<sup>47</sup> Sobre el pensamiento teórico de León Duguit, en Alejandro Nieto, citado por SANTOFIMIO, Jaime Orlando Op cit, pág76.



Este es el modelo que define la legislación colombiana para la administración de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, de tipo contractual y patrimonial, que no responde a los presupuestos de orden constitucional, pues en este caso, el modelo es de naturaleza administrativa pública por su función social inherente y toda intervención del estado como regulador y supervisor es precisamente para garantizar la libre concurrencia de particulares en la gestión. El legislador opto por otro camino al fijar parámetros de un modelo donde la implementación está reservada a un sector privado específico y al definir en el contrato la principal fuente de relación e interacción del estado con los proveedores privados y de estos con los usuarios.

Es precisamente por ello que corresponde la crítica al modelo de privatización vía contractualización, pues a dicha definición normativa de rango legislativo podemos atribuir en gran medida los déficit de capacidad estatal para ejercer la intervención de control sobre los asuntos que atañen a lo público y los déficit en lo institucional (rol de los diferentes actores estatales y no estatales) ante la dificultad para exigir corresponsabilidad sobre la definición de valor por lo público que no se expresa en el interés por incentivar lo social y lo ciudadano desde la administración de bienes y recursos dispuestos a la provisión de servicios domiciliarios, al desconocer que este es un sector especialmente sensible al serle inherente a la función asistencial la dependencia de bienes que son de carácter público y que están destinados por excelencia al uso y consumo público, por ende, no susceptible a la negociación privada con fines comerciales o de lucro.

Y en este contexto, además de las razones expuestas, inquieta el concepto sobre privatización adoptado al modelo de gestión de los servicios públicos por las siguientes razones:

a) la autonomía e independencia que tienen los agentes privados respecto a los alcances del control y regulación que sobre los bienes y recursos públicos deba

ser ejercida por el estado<sup>48</sup>. Al administrar recursos públicos en fondos o cuentas privadas no resulta posible delimitar los alcances del control y tampoco resulta sencillo hacer un estudio econométrico que permita medir de manera diferenciada los rendimientos de la inversión pública o de la inversión privada derivada de la operación del servicio, para determinar que tan rentable es financiera y socialmente el modelo de administración.

b) La atención que merece la función de regulación, que tanto puede regular el estado y con que autonomía técnica, cuando precisamente los que más saben del sector son los operadores privados que como bien se dice, administran el asunto, al punto de saber cómo gobernarlo; al respecto se podrían dar situaciones de conflicto o concentración de intereses, que restringe la competencia en el sector y afecta las condiciones de libre mercado. Igualmente, esta presente el riesgo inminente al que se expone el estado y las autoridades de planificación, control y regulación al terminar siendo capturados por el sector privado y ceder ante el poder de los capitales financieros privados y además de resultar ineficiente su poder de intervención, esto genera altos costos sociales (costos de transacción) en términos de legitimidad y gobernabilidad de las instituciones, además de poner en riesgo la eficiencia del servicio en términos de calidad y cobertura<sup>49</sup>.

c) Un tercer aspecto que sitúa la necesidad de generar condiciones reales de libre competencia y la manera de asegurar que desde el estado se respete la concurrencia a todas las formas de asociación privada que en efecto acrediten interés por agregar valor público social a la gestión del servicio público domiciliario y no caigamos en el error del nuevo manejo público que dedica lo público en forma excluyente en beneficio del sector empresarial privado. Sobre el particular habría que tener claridad en los objetivos del legislador colombiano al dar aplicación a los presupuestos constitucionales sobre libertad económica y libre

---

<sup>48</sup> Cuando nos referimos a regulación, lo hacemos en sentido amplio para incorporar la responsabilidad estatal del control, supervisión, seguimiento y evaluación a la actividad privada que concurre en el modelo de gestión.

<sup>49</sup> Así lo refiere Alfred Vernis Doménech al explicar los conflictos que pueden derivarse de la asociación de lo público y lo privado.

competencia, entendida en términos de acceso en igualdad de oportunidades para la concurrencia abierta y sin barreras de entrada predicable a toda forma de organización privada de lucro o sin ánimo de lucro y no solo a aquellas de las que se predica un interés empresarial y comercial.

#### **2.4.2 Las restricciones institucionales para la implementación del “new public management” en el sector de los servicios públicos esenciales.**

Siguiendo a Omar Guerrero, el “new public management” es expresión de los presupuestos del modelo económico neoclásico, que le sirve de soporte a las políticas neoliberales con las que se emprende la reforma del estado a partir de los años 80’ en América Latina. En este sentido, los esquemas de gestión que reconocen en el vínculo con el sector privado, la alternativa ideal para la implementación de políticas que tienen por objeto la producción, distribución y comercialización de bienes de contenido social, definen en las nociones sobre agencia y contractualización sus características relevantes y a ello se traducen todo el esfuerzo por gestionar los asuntos públicos con criterios de eficiencia, competitividad y racionalidad y todo intento por fortalecer las instituciones de lo público.

La decisión de implementar lo público desde un modelo de agencia y contractualización supone un déficit en la institucionalidad social, lo que Omar Guerrero identifica de la siguiente manera:

*“El nuevo manejo público consiste en un movimiento de reforma del sector público basado en el mercado como modelo de relación política y administrativa, cuyo sustento doctrinario está fundado en la opción pública, la teoría del agente principal, el manejo de la calidad total y la economía de costos de transacción...(...)*

“Bajo esta premisa, *la ciudadanía es pulverizada en átomos llamados consumidores, que siendo el objeto de los servicios públicos, de tal modo maximizarían utilidades individuales que son definidas como satisfacciones.* La prestación de tales servicios debe ser hecha en el mercado y por medio de contrataciones bajo un régimen de competencia, así como en forma de productos cuya venta debe generar un máximo de rentabilidad” (cursiva fuera de texto)<sup>50</sup>.

En el mismo sentido, la doctrina define la Nueva Gestión Pública a partir de los preceptos sobre “elección pública”, “costos de transacción”, “teoría de la agencia”, “gerencialismo” y “contratos”<sup>51</sup> y es desde esta perspectiva que corresponde analizar las restricciones que tiene el modelo aplicado a la gestión de los servicios públicos domiciliarios, lo que resulta de referencia obligada, cuando se trata de caracterizar lo público y lo privado en la gestión de dicho sector.

A continuación procedemos al análisis de los preceptos de la economía neoclásica aplicados a la Nueva Gestión Pública, desde una perspectiva de los servicios públicos domiciliarios y a los que atribuimos el enunciado de restricciones para la aplicación del modelo:

a) Con referencia a la *teoría sobre elección pública*, se presume deficiencia en la burocracia como escenario para la toma de decisión sobre asuntos que inciden en el modelo económico. Se afirma que el estado al imponer barreras -tipo monopolio- a la libre competencia, restringe los objetivos de eficiencia (altos costos fiscales) y calidad con cobertura. Por ello, se decide por un modelo de libre competencia regulada que incentive la participación del sector productivo privado en la economía, vía contratos o privatización de empresas públicas. Se trata de

---

<sup>50</sup> GUERRERO, Omar, El mito del nuevo 'Management' público. Op. Cit.

<sup>51</sup> Al respecto se cita el trabajo de Isabel García Sánchez, titulado: La Nueva Gestión Pública: evolución y tendencias, que aborda el tema de los servicios públicos desde esta perspectiva de análisis.

una elección que tiene complejidades en diferentes ámbitos de lo institucional (orden económico, político, social e ideológico), pues como lo explica José Ayala Espino a partir del planteamiento teórico de Williamson-Simon<sup>52</sup>, sobre racionalidad limitada, la decisión siempre esta mediada por un contexto disímil de racionalidades, preferencias e intereses de variada utilidad en lo individual y lo colectivo, así como de restricciones, limitaciones, amenazas, posibilidades y oportunidades; por ende, cualquier elección debe predicar atributos de capacidad en el actor que toma la decisión, lo que para Ayala se expresa como aprendizaje y experiencia acumulada, a partir de Repetto y Morre podríamos significar como precisión sobre lo que es de valor público y que por ende representaría el mayor consenso social bajo criterios de equidad y eficiencia. Así podemos entender la aplicación del concepto sobre capacidad estatal en atención a objetivos de “Legitimidad” y “Equidad permanente” elaborados por Fabián Repetto y sobre lo público en la asociación público – privada definida por Mark Moore.

b) Sobre los *Costos de transacción*, el asunto tiene que ver con la claridad, transparencia y publicidad de la información en torno a los actos y contratos y demás formas de regulación de relaciones jurídicas entre funcionarios públicos y agentes privados interesados en acceder a la operación de los servicios, de lo que se genera una cadena de intermediación o clientelismo que en muchos casos se traduce en corrupción (concepto de captura de renta) y ello genera un costo alto para las empresas que concurren y para las organizaciones sociales que no tienen opción de concurrencia, el costo es político: pérdida de confianza en el modelo, las instituciones, ingobernabilidad. Este concepto es de particular relevancia y merece toda la atención para el caso concreto que no ocupa en la caracterización del modelo de gestión de los servicios públicos de aseo y saneamiento en Bogotá, pues es precisamente en un entorno institucional tan complejo como el colombiano del que se predica un alto costo social por los efectos negativos de fenómenos de incorporación oligárquica, elitista y clientelar de una parte y de

---

<sup>52</sup> Al respecto, ver: AYALA ESPINO, José. Op. Cit. pág 118.

profunda desigualdad y exclusión, en el que se predica precisamente capacidad desde lo público estatal y lo público no estatal, para asumir la regulación de relaciones contractuales que no generen un mayor costo al ya existente. Con este panorama, Ayala Espino define como condición para minimizar los costos de transacción, las siguientes: a. “Evaluación previa de los proyectos en contextos institucionales”, que permitan medir de forma anticipada y que para ello convoquen a los diferentes actores estatales y no estatales bajo reglas que incentiven la participación y concertación; b. “Los diseños de soluciones institucionales, no mercantiles, a problemas de fallas del mercado”; c. “La formulación de estructuras de gobernación eficientes dentro de la organización que disminuya los poderes discrecionales de los gerentes privados o de los burócratas”) <sup>53</sup>. Un ejemplo que nos aproxima a identificar el costo de transacción está contenido en el capítulo 4º de este trabajo, en el que revisamos el efecto social del modelo contractual de la operación del relleno sanitario Doña Juana en Bogotá para el sector de recicladores.

---

<sup>53</sup> Como José Ayala Espino lo conceptualiza: “Los costos de transacción son un amplio espectro de costos institucionales que incluyen los costos de información, negociación, diseño, vigilancia y cumplimiento de contratos y protección de los derechos de propiedad. (...) El tipo de organización influye decisivamente en la formación de los costos de transacción. (...) Los costos de transacción, por su parte, incluyen los costos atribuibles a la toma de decisiones, la planeación y ejecución de proyectos, los arreglos y negociaciones institucionales y el establecimiento de contratos. Es decir, el concepto de costos de transacción incluye los términos del intercambio cuando dos o más partes están haciendo negocios, así como también los costos de asegurar que las partes cumplan el contrato

### **3. LA GESTIÓN EN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: UN MODELO DE AGENCIA Y CONTRATOS.**

#### **3.1 LOS PRESUPUESTOS NORMATIVOS DEL MODELO DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

El legislador, en el mismo sentido que lo hace el constituyente de 1991, al definir el ordenamiento de los servicios públicos domiciliarios, le imprime a la actividad un carácter en el que lo público trasciende a aquello que es de utilidad pública esencial<sup>54</sup>, al predicarse no solo una función social del estado que impone límites a la libertad económica y a la iniciativa privada, sino que la hace condición determinante o básica (soporte) para lograr los objetivos del desarrollo, el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. El servicio público domiciliario no es – solamente- el medio de satisfacción de necesidades básicas (en términos de subsistencia), sino, ante todo, el principal instrumento que tienen el estado y la sociedad para edificar la institucionalidad pública y social<sup>55</sup>.

Con este fundamento, guiados por los principios en los que se sustenta un estado social de derecho en un entorno económico competitivo, los presupuestos normativos delimitan la gestión de los servicios públicos domiciliarios al logro de objetivos de contenido social y económico, que se definen a partir de los criterios de equidad y eficiencia. Veamos la definición de estos presupuestos normativos.

---

<sup>54</sup> La definición de servicio esencial o de utilidad pública, es una construcción del derecho anglosajón, según PALACIOS MEJÍA, Hugo. Derecho a los servicios públicos, Op Cit. pág.34.

<sup>55</sup> Gaceta del congreso, noviembre 17 de 1992. En este sentido se lee de la exposición de motivos que sustenta la iniciativa legislativa al interior de la Comisión Séptima del Senado: "La cobertura y calidad de los servicios son indicadores del nivel de vida de una nación. El acceso masivo a los servicios básicos constituye un factor fundamento en el proceso económico y social de cualquier país", Por ende son objetivos del legislador (también consignados en la exposición de motivo en comento): Ampliar la cobertura con el reconocimiento que la sociedad tiene déficit en el tema sanitario y en cobertura a sectores pobres de la población; fortalecer el financiamiento desde la inversión pública; afianzar la descentralización y autonomía municipal; mejorar la capacidad en la gestión del servicio.

**3.1.1 Presupuestos de contenido social, orientados al logro de la equidad.** El ordenamiento jurídico e institucional colombiano se sustenta en el postulado sobre *estado social y democrático de derecho*, lo que significa que tanto el estado como los particulares tienen un deber para con la sociedad, de intervenir desde los ámbitos de lo público y lo privado al logro de los objetivos del bienestar colectivo y la promoción del desarrollo humano sostenible. Al amparo de este principio constitucional, prevalece la función social del estado y el deber de intervenir los asuntos de la libertad individual o privada para satisfacer el acceso colectivo a un conjunto de derechos de contenido económico y social. Al respecto, el artículo 1º, concordante con el artículo 2º de la C.P establece que Colombia se conforma bajo el modelo de un estado social de derecho, lo que significa un paso de un modelo de estado de libertad y de derechos individuales a uno que concibe la democracia como el acceso participativo a derechos de contenido económico y social y que en términos doctrinales será una modalidad de estado de bienestar<sup>56</sup>.

En esta perspectiva, prevalece la equidad como determinante del carácter público de la actividad, de ahí que son objetivos de la prestación de un servicio público domiciliario, los siguientes: a) Logro del bien común, el mejoramiento de la calidad y el bienestar; b) prevalencia del derecho de los usuarios a la cobertura de un servicio de calidad, permanente y continuo; c) solidaridad e igualdad material mediante el acceso a los beneficios del avance en el desarrollo económico, la ciencia y la tecnología; d) logro de un orden justo en lo económico y lo social.

Con este fundamento definimos como presupuestos normativos del modelo de gestión de los servicios públicos domiciliarios, los siguientes:

---

<sup>56</sup> Así lo define expresamente el constituyente colombiano al definir que el servicio público tiene inherente una función social (art. 365) que se expresa en el logro del bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida, la satisfacción de necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable y que por ello, el estado deberá intervenir para lograr la participación de todos en los asuntos que afectan la vida económica y racionalizar el uso de los bienes y servicios con fines de utilidad pública (art. 2, concordante con artículos 333, 334 y 366 de la C.P).



a) *Solidaridad*: Conjunto de condiciones materiales que comprometen al estado y a los diferentes actores de la sociedad a reconocer el valor de la cooperación y la asociación para alcanzar un punto de encuentro o de equilibrio entre el bien individual y el bien común. La solidaridad es un medio para alcanzar un orden justo entre lo económico y lo social; convoca la participación y el pluralismo en torno a lo que identifica a la colectividad, por ende, es una forma de expresión de lo público que trasciende el ámbito de la ética y la moral y que justifican la intervención con límite a los derechos de libertad individual, como sería la propiedad<sup>57</sup>.

b) *Legalidad teleológica*: El concepto es equivalente a la noción de “estado material de derecho” al que refiere el profesor Eduardo García de Enterría<sup>58</sup>, para señalar que toda actuación referida a los asuntos públicos tiene como fundamento un conjunto de normas, principios y valores que ordenan la prevalencia del interés general y de los fines esenciales de lo social. Con este fundamento, priman la razón de los principios y valores ante la legalidad formal en toda intervención que tenga por objeto y finalidad la garantía de un derecho ciudadano y la gestión del servicio público lo es. Con esta condición las autoridades estatales y las empresas de servicios público deben regir sus actos y contratos no solo por la ley y los reglamentos formalmente establecidos, sino por el fundamento de los mismos.

c) *Moralidad y razón pública*: Acorde a la aproximación conceptual que hace Uriel Amaya, la moralidad pública es un “derecho de interés colectivo” y un “principio constitucional” que vincula la administración de los asuntos públicos al cumplimiento de lo que es debido en atención a preceptos de transparencia,

---

<sup>57</sup> CABALLERO SIERRA, Gaspar y ANZOLA GIL, Marcela. Op. cit. Pág. 93

En este sentido se interpreta la definición doctrinal sobre lo social: “Se busca una dimensión de la libertad dirigida hacia la consecución de los derechos sociales, económicos y culturales, acordes con la dignidad del hombre, mediante prestaciones efectivas y positivas de parte del poder público. Pero también esa nueva dimensión de la libertad implica nuevos derroteros de igualdad, como que se hace indiscutible un proceso de redistribución del ingreso y de la propiedad que haga posible una justa y adecuada armonía entre aquellos que carecen de todo y los que tiene una superioridad de carácter natural, social o económica”.

<sup>58</sup> GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales de derecho, Madrid, Civitas, 1986. Citado por SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Op. Cit, pág. 363.

publicidad y responsabilidad y que se concreta en la preservación del patrimonio público<sup>59</sup>. Siguiendo al autor en comentario, en toda decisión y actuación que tenga por objeto lo público, debe preceder un “reconocimiento<sup>60</sup>” de lo que es debido con fundamento en un marco de valores que imprimen de razón a lo institucional. La razón de lo debido es superior a la racionalidad de lo “mejor”: que es lo mejor y que es lo debido, son las cuestiones éticas que están en juego, cuando se trata de la preservación del patrimonio público como valor de la sociedad. Se trata de un presupuesto cuya interpretación está ligada a los conceptos sobre legalidad teleológica y responsabilidad.

d) *Prevalencia de los derechos del ciudadano*: Afectar de forma positiva y afirmativa la calidad de vida de los individuos es un medio para lograr el incremento de los índices de desarrollo económico y social<sup>61</sup>. En consecuencia, el deber del estado y de los particulares que administran los servicios públicos, es el de garantizar que todo ciudadano ejerza el derecho de acceso al servicio público, en atención a sus necesidades básicas y a las condiciones de capacidad económica que así lo posibiliten. En este sentido, lo importante del modelo no es solo la provisión del servicio acorde a estándares, o disponer de recursos de infraestructura técnica para ampliar la cobertura, sino que el ciudadano disponga de los medios para hacer uso de los servicios, ello justifica la intervención asistencial del estado y la subordinación del interés privado sobre los bienes públicos objeto de administración, con el reconocimiento de los factores que impiden capacidad de pago del usuario, de ahí el contenido económico del derecho. El servicio público es un derecho de tipo colectivo y de contenido económico y social, del que deriva el derecho inherente a la integridad personal,

---

<sup>59</sup> AMAYA OLAYA, Uriel. La responsabilidad patrimonial del estado frente al derecho colectivo y el principio constitucional de la moralidad administrativa. IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

<sup>60</sup> AMAYA OLAYA, Uriel. El constructivismo ético, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1989.

Al referir el concepto sobre moralidad, cita a Carlos Nino “el problema principal de la ética no es ontológico ni epistemológico, sino conceptual. En otras palabras, opino que la cuestión que plantean los hechos morales no está relacionado con su existencia o con su conocimiento, sino con su reconocimiento como tales”. El constructivismo ético, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1989.

<sup>61</sup> Así lo predica la doctrina sobre el concepto de servicios público, dando alcance a la aplicación de los criterios sobre eficiencia y equidad.

es por ello que se predica su titularidad desde lo colectivo (acción colectiva o de grupo / acción de cumplimiento) y desde lo individual (acción de tutela).

d) *Participación y pluralismo*: El concepto de participación se concreta en el deber que tiene el estado de incentivar toda forma de participación de la ciudadanía / usuarios en la planificación, operación, control, fiscalización y evaluación de la gestión en servicios públicos; en la posibilidad de exigir estar informados e intervenir en las decisiones que atañen a los asuntos que le competen; en el derecho que tienen las organizaciones sociales de concurrir en condiciones de igualdad en su prestación y en el derecho que tienen las organizaciones desde lo social y lo comunitario, para que se promueva inversión en capacitación para su formación como veedores de lo público y para el estímulo de la solidaridad y la promoción capacidades de libre asociación empresarial y productiva desde lo social y lo local. Así está expresamente señalado en el artículo 333 concordante con el artículo 334, ambos preceptos constitucionales; igualmente, los artículos 14 y 15 de la ley 142 de 1994 al definir los instrumentos de la gestión en materia de servicios públicos. La promoción de la participación y el pluralismo desde lo social son la definición de lo público no estatal, en los términos del concepto contenido en el numeral 1.4 de este trabajo.

e) *Responsabilidad en lo social*: El concepto que nos interesa destacar esta asociado a la noción de rendición de cuentas, como instrumento que posibilita el control y la evaluación desde lo social sobre lo público y que limita la discrecionalidad tanto del estado como de los particulares que concurren en la administración de los asuntos públicos. Se trata de un deber por parte de los agentes de lo público, de asumir con responsabilidad y de hacerse responsables por la gestión del interés público y partir del conocimiento de que es ajeno a su patrimonio; se predica como derecho de exigencia colectiva por parte de quienes ostentan la calidad de titulares del interés público (la sociedad). La responsabilidad es un presupuesto de valor ético y normativo, que orienta la medición no solo al

cumplimiento de resultados de la gestión en función de objetivos trazados y recursos planeados (eficacia y eficiencia) sino además, en términos de la efectividad del objetivo y su resultado, esto es, en atención a los propósitos que determinan la intervención y las decisiones en los asuntos públicos. De ahí el concepto político de la responsabilidad más allá de su carácter técnico o instrumental<sup>62</sup>.

**3.1.2 Presupuestos de contenido económico, orientados al logro de la eficiencia.** Con fundamento en el artículo 333 concordante del artículo 365 de la CP, podemos afirmar que los presupuestos de contenido económico desarrollan el principio de *Libertad económica regulada*, que se concreta en la competencia como principal instrumento e incentivo para garantizar la eficiencia en la administración de los asuntos de los servicios públicos. El planteamiento normativo parte de la premisa que a mayor competencia – entendida como concurrencia en un contexto de mercado libre y abierto-, mayor estímulo a la participación e inversión privada y con ello, mayor racionalidad en el manejo de los bienes y recursos públicos, además de sostenibilidad de las finanzas, en conclusión, mayor eficiencia<sup>63</sup>. La eficiencia es condición de la equidad en la medida que los beneficios de la racionalidad en el uso de los bienes y recursos se trasladen a los usuarios en condiciones de un mayor acceso a un mejor servicio: calidad, cobertura, continuidad, bajo costo, etc. En este sentido se define la libertad económica bajo el presupuesto de la regulación del mercado para el logro del bien común. A diferencia del modelo anterior a la constitución de 1991, el estado no interviene la economía, solo regula las condiciones del mercado para generar condiciones aptas para la iniciativa empresarial en un marco de competencia<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> BRESER PEREIRA, Luiz Carlos et al. Responsabilización y evaluación de la gestión pública”, CLAD, Caracas, 2005

<sup>63</sup> WIESNER DURÁN, Eduardo. La efectividad de las políticas públicas en Colombia – Un análisis neoinstitucional-, Bogotá, TM editores, con el apoyo del DNP, 1997, pg 14 a 17.

<sup>64</sup> Sobre el tema de libertad económica limitada, referimos los trabajos de Alexei Julio estrada, titulados: Economía y ordenamiento constitucional, en Teorías jurídicas y económicas del estado, Ob cit. y Libertad económica a la luz de la jurisprudencia constitucional, publicado en Letras Jurídicas, Vol. 9, No. 2, Medellín, edición de EEPP, septiembre, 2004.

Con este fundamento, son presupuestos económicos del modelo de gestión de los servicios público, los siguientes:

a) *Libertad de empresa e iniciativa privada*: El concepto de libertad de empresa está asociado a la idea de un conjunto de derechos de libertad individual como son: el derecho de asociación, el derecho de escoger profesión u oficio. Así lo explica el profesor Alexei Julio. En el mismo sentido, la libertad de empresa y por ende la iniciativa de concurrencia privada incorpora un contenido patrimonial: el derecho a hacer uso y disponer con fines de propiedad privada de los beneficios que le ofrece el medio económico, de especial protección por el estado. Así mismo la libertad de empresa supone el reconocimiento por parte de la legislación colombiana que la empresa, como organización con ánimo de lucro, es el principal motor e impulsor de la economía y el desarrollo. Esta es una noción patrimonialista de la realidad económica, al punto que ni el estado mismo puede intervenir a tal punto la economía que ello suponga afectar el “núcleo esencial de la libertad de empresa”, presupuesto que merece de especial protección constitucional y con este fundamento la ley 142 de 1994, modificada por la ley 286 de 1996, define la naturaleza jurídica y régimen legal aplicable a las empresas de servicios públicos, al remitir su constitución al de sociedades por acciones, sin distinción. Pero al igual que se protege la libertad de empresa como un derecho se le imponen a ella límites y obligaciones inherentes a la función social de toda forma de propiedad, que se traduce en garantía del bien común: “continuidad, regularidad y calidad del servicio público”.

b) *Libertad de competencia*: La libertad de competencia, en términos de eficiencia y acorde con la definición adoptada en la constitución y la legislación colombiana, supone como condición, la concurrencia en condiciones de igualdad y oportunidad, para lograr acceder a los beneficios que ofrece la producción y distribución de bienes y servicios con un interés de aprovechamiento económico

de los mismos. En estos términos, la competencia es un derecho de acceso y es un deber de respeto a condiciones competitivas, este último concepto que en términos de Hugo Palacios Mejía, es un derecho de los usuarios o consumidores de los bienes y servicios. Ahora bien, establecer reglas que limiten a los actores sociales o económicos, la concurrencia en condiciones de igualdad o impidan el acceso al mercado de bienes y servicios que de acuerdo con las condiciones del libre mercado estarían habilitados para ello, es un fallo de eficiencia, de lo que puede derivar inequidad. Así lo define la doctrina y la jurisprudencia<sup>65</sup>.

Siguiendo a Eduardo Weisner, podemos señalar que la competencia es condición para el resultado de la eficiencia y que para garantizar condiciones de competencia se justifica la intervención y regulación del estado para racionalizar el modelo económico: Si el mercado por sí solo garantiza la competencia en un determinado sector de la economía, no resultaría necesaria la regulación, de lo contrario si es procedente. Para el caso de nuestro modelo de gestión pública, la regulación del estado en la economía se justifica para garantizar condiciones de libre competencia con el reconocimiento de los fallos del mercado para regular las consecuencias del desequilibrio social y la inequidad, por ello son reglas, el incentivar la iniciativa empresarial privada mediante el acceso a contratos de prestación de servicios públicos con financiamiento público e incluso, mediante la definición de límites a la misma competencia como lo contempla la Ley 142 de 1994, al prever que los municipios puedan implementar de forma temporal un especie de monopolio al determinar “áreas de servicio exclusivo” para operación y previa autorización de la comisión de regulación, como ha sucedido en Bogotá entre los años 1994 y 2000.

---

<sup>65</sup> La jurisprudencia de la Corte constitucional en cita hecha por Alexei Julio, señala: “La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de apata o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los mercados” (Sentencia C-535 de 1997), citada.

c) *La autonomía negocial y la libertad contractual*: El profesor Alexei Julio al definir el contenido del principio sobre libertad económica, deduce otros derechos como el de libertad contractual, al precisar que el contrato es el principal instrumento en el que se concreta la libertad de empresa y el de intercambio en el mercado. Siguiendo este planteamiento a la luz del ordenamiento de los servicios públicos, la regulación de relaciones jurídico-contractuales bajo el régimen de derecho privado es el mecanismo que define el modelo de gestión y como toda relación contractual, tiene como fundamento el ejercicio de la autonomía de la voluntad negocial, ello implica, el reconocimiento de un interés por perseguir la rentabilidad privada a la par que se consiguen los resultados objeto del compromiso contractual pactado. El contrato es por esencia un instrumento de libertad negocial y de autonomía de la voluntad de las partes contratantes y ello es comprensible en la medida que el contrato o negocio jurídico es por esencia conmutativo a diferencia de los actos que por lo general son unilaterales. El concepto de negocio jurídico que incorpora en esencia el elemento de la voluntad, tiene origen en el derecho privado y como lo refiere el profesor Fernando Hinestrosa, supone, en toda relación de intercambio así sea públicamente regulada, un margen de disposición a favor del interés privado<sup>66</sup>.

Con fundamento en el concepto de libertad contractual y autonomía de la voluntad negocial se puede dar alcance interpretativo al concepto sobre agencia y contratos que se introduce a los nuevos modelos de gestión pública en los servicios públicos domiciliarios, acorde con los presupuestos de la Ley 142 de 1994, en virtud de lo cual, la gestión promueve la iniciativa empresarial e incentiva el contrato como fuente de relación negocial regulada por las normas del derecho

---

<sup>66</sup> Sobre la definición de negocio jurídico en Fernando Hinestrosa: "vocablo de origen germánico (...), fue mencionado en su sentido actual por SAVIGNY como declaración de voluntad. Es el instrumento que la sociedad otorga con el reconocimiento legal a los particulares para que ellos dispongan de sus propios intereses en la satisfacción de sus afanes en el intercambio de servicios y productos. La autonomía privada supone un régimen social y jurídico que no ordena la totalidad de las actividades y reparte impositivamente los bienes de consumo y, por el contrario, reconoce a cada sujeto el poder de disponer de sus energías y de sus bienes así sea en escasa medida y órbita (...) En el negocio jurídico obra el hombre como tal, dispone de lo suyo, regula sus relaciones, desarrolla sus intereses, y el acto de autonomía privada, como expresión humana que es, resulta susceptible no solamente de ser o no ser, sino de interpretación variada". En derecho civil. Obligaciones. Bogotá, publicaciones Universidad Externado de Colombia, pag. 157 y 159.

privado, donde prima la autonomía de la voluntad, entendida como ámbito de libertad<sup>67</sup>.

Como lo refiere la doctrina y la jurisprudencia constitucional colombiana, el concepto del contrato, como instrumento para promover la gestión pública en un marco de libertad económica, es producto de las políticas de reforma del estado colombiano, orientadas a hacer compatible el desempeño del estado con las demandas de apertura en lo económico y la competitividad con el sector privado para atender las crecientes demandas de la sociedad, ello destaca el interés del legislador por relevar el concepto sobre autonomía de la voluntad<sup>68</sup>.

### **3.1.3 Presupuestos de organizacionales y funcionales de lo público estatal.**

Una tercera tipología de presupuestos son aquellos que para garantizar un modelo de gestión de gestión en condiciones de libertad económica dentro de los límites de un estado social de derecho, ordenan que el estado dirija el modelo económico mediante funciones de regulación, planificación, coordinación, control y vigilancia a través de entidades del orden nacional y del orden descentralizado territorial y por servicios. A diferencia del modelo de intervención estatal que caracterizaron las reformas constitucionales del año 1936 y 1968, el modelo que se adopta con la constitución de 1991 no define el énfasis en la capacidad organizacional y funcional de lo público estatal para intervenir el modelo económico, ni desde lo nacional ni desde lo local vía transferencia de recursos hacia los municipios para que asuman la prestación directa de los bienes y servicios públicos; por el

---

<sup>67</sup> Hugo Palacios Mejía sobre el tema, refiere: “*Si una empresa de servicios públicos no se puede tomar como ‘negocio’ no se puede lograr, tampoco, que sea ‘eficiente’; la eficiencia se busca para hacer ‘negocios’; o dicho de otra manera, no se hacen ‘negocios’ a base de ineficiencia*”. En, El derecho de los servicios públicos. Op. cit, pág. 56.

<sup>68</sup> Así lo refiere Jaime Orlando Santofimio al abordar el análisis del concepto en la dimensión de lo público y lo privado siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, veamos: “Particularmente, en cuanto al postulado de la autonomía de la libertad entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales (se refiere a contratos administrativos y de derecho privado de la administración), para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en la materias reguladas particularmente en dicha ley” (Sentencia C.949 de 2001). En: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, Contratación Indevida, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pg. 47.



contrario, el modelo está orientado a la incorporación de competencias creadas por fuera del estado, en el ámbito empresarial privado, con preferencia a la apertura hacia el mercado internacional, al que con preferencia se destina la confianza y los recursos del financiamiento público, antes que a las organizaciones de lo público no estatal en el mercado nacional, como lo explica el profesor Jorge Child<sup>69</sup>.

Son presupuestos normativos de la administración público estatal, desde esta perspectiva, los siguientes:

a) *Planificación y Regulación*, entendida como la principal competencia del Estado que reposa directamente en el Presidente de la República y que éste ejerce por vía e delegación (art. 121 CP), en entidades especializadas con el fin de orientar el modelo económico y fijar las reglas de la eficiencia y la eficacia del modelo de gestión en los servicios públicos, especialmente referidas con: a- la competencia del sector privado que facilite la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios públicos e un esquema de mercado e intercambio de recursos; b- *la definición de los costos de inversión* y la redistribución de las rentas, con énfasis en las tarifas; y c- *parámetros generales para la prestación del servicio* bajo criterios de calidad y cobertura.

Con fundamento en la noción sobre planificación económica y de manera acorde con la definición de objetivos contenidos en la Ley orgánica del plan de desarrollo (Ley 152 de 1994), el modelo de gestión pública estatal aplicado a los servicios

---

<sup>69</sup> El tema lo refieren diferentes autores que coinciden en diferenciar los alcances del modelo de intervención del estado en la economía en las reformas constitucionales del siglo XX; en particular refiero al profesor Jorge Child, para quien el modelo esta definido de la manera siguiente: "el modelo implícito de esta normatividad de las actividades económicas es una economía abierta al capital internacional en donde el estado 'nacional' y las organizaciones de usuarios y consumidores domésticos controlaría sus abusos. La esfera de producción no está sometida a ningún control previo, ni ordenación estructural del Estado, sino a controles posteriores de calidad, pero no de precios, por parte de usuarios y consumidores" o de organizaciones micro nacionales; de ahí que la "voluntad constitucional expresa de privatización (Art.60) y de apertura a la internacionalización de las *decisiones económicas* originadas en organismos privados internacionales (Art. 150, 16)", es un objetivo que contrasta con el de "creación de nuevos agentes empresariales mediante la participación accionaria de trabajadores y organizaciones solidarias en las empresas que el estado privatice (Art. 60, 57,67). En Modelo económico constitucional 91, publicado en Poleteía, Constitución y Poder, Revista e la facultad de Derecho, Ciencias políticas y sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

públicos domiciliarios, deberá guiarse por lo presupuestos de: autonomía; ordenación de competencias; coordinación y consistencia (conurrencia, subsidiariedad y complementaria), participación, eficiencia (priorizando la racionalidad del gasto público social), eficacia, sustentabilidad y desarrollo armónico social desde lo local y lo regional. Con este fundamento se da alcance a la aplicación del inciso 2º del artículo constitucional 367 y demás normas concordantes de la C.P y desarrolladas en la ley 142 de 1994, (en espacial, artículos 5, 6, 7 y 8), en virtud del cuales el estado fija las políticas generales de regulación desde el ámbito de lo nacional; coordina la planificación desde lo departamental y gestiona la prestación directa desde lo municipal. Son instancias de dirección y planificación de políticas, el Congreso y la Presidencia de la República a través de las facultades asignadas a los ministerios (Desarrollo, Ambiente, Hacienda y Protección Social, según la materia que les compete en relación con el modelo de servicios públicos domiciliarios) y al DNP; en lo territorial, son instancias de planificación, los departamentos, que actúan en coordinación con las instancias de ejecución: las alcaldías o distritos. La regulación corresponde a las comisiones de regulación por asignación Presidencial.

b) *Fomento de la descentralización*: Sin lugar a duda uno de los rasgos que identifican la reforma constitucional en materia de servicios públicos ha sido la de afianzar el proceso de descentralización adoptado por la constitución desde 1968, dando alcance al principio constitucional de autonomía de los entes territoriales y asignando al municipio la responsabilidad directa en la gestión y prestación de los servicios públicos domiciliarios (salvo la energía eléctrica que es competencia departamental, artículo 5,2)., además de la promoción, coordinación, control y evaluación del modelo de gestión, en coordinación con las autoridades del orden nacional que por ley tienen asignada estas funciones de regulación, planeación y Ahora bien, la responsabilidad de prestación directa del servicio a cargo de los municipios es de contenido constitucional (art. 367 inciso 2º), que al ser

interpretado se entiende como la regla general o sentido positivo. No obstante el desarrollo legislativo da un alcance interpretativo contrario. En efecto, el artículo 6º de la Ley 142 de 1994 al establecer los instrumentos, las estrategias y delimita las competencias en términos de prestación del servicio, afirma como regla general la concurrencia empresarial privada y no la pública estatal y contempla que el municipio podrá intervenir solo cuando se presenten los casos excepcionales señalados expresamente por la ley, esto es, cuando las empresas privadas no estén interesadas en participar por condiciones económicas o de insatisfacción o ineficiencia del mercado, en concreto, cuando no les resulte rentable y para evitar estos supuestos, le compete al municipio garantizar el financiamiento público, como mecanismos de incentivo a la iniciativa privada. Se trata de un modelo de responsabilidad subsidiaria y complementaria al esquema empresarial privado, en términos de Hugo Palacios Mejía y que en mi concepto no es el concepto de intervención al que refiere el constituyente<sup>70</sup>, toda vez que la concurrencia privada es con fines de complementariedad a la capacidad pública estatal y no al contrario.

c) *Control, supervisión, inspección y vigilancia*: Una tercera modalidad de intervención del estado, es la de supervisión y control que se ejerce dando cumplimiento a las políticas generales de protección de los derechos de los usuarios y garantía de los presupuestos sociales que inspiran el modelo de gestión, así como para conducir la actuación en términos de eficacia y responsabilidad, con particular referencia a la actuación de los operados y al uso de los bienes y recursos dispuestos para la prestación del servicio público domiciliario. La supervisión, definida en conceptos de inspección y vigilancia está a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos, que actúa, en la mayoría de los casos, a iniciativa de los usuarios o de los entes de control, así como vigilar el

---

<sup>70</sup> Ley 142 de 1994, artículo 6º, Prestación Directa de Servicios por parte de los Municipios. Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos: (...)", continúa la tipificación de condiciones que hacen manifiesta la imposibilidad de participación de la empresa privada en condiciones de competitividad financiera, esto es, bajo supuestos de complementariedad y subsidiariedad del esquema empresarial privado.

cumplimiento de los contratos de servicios públicos y evitar que las empresas prestadoras ejerzan posición dominante que atente contra los derechos ciudadanos (art. 79 de la ley 142 de 1994). El control por su parte se ejerce desde diferentes órganos e instancia de lo político, lo social y lo administrativo – fiscal o disciplinario, y desde lo nacional y lo territorial. Son instancias de control político, en lo nacional: el Congreso de la República; en lo departamental, las asambleas; en lo municipal, los concejos municipales o distritales; el control a la gestión fiscal la ejercen las contralorías municipales y la CGR. El control administrativo disciplinario reposa en la Procuraduría General de la Nación. El control social se ejerce a través de las personerías o de las veedurías ciudadanas, en concreto, tratándose de servicios públicos domiciliarios: los comités de control creados para el efecto. Otras formas de control son el judicial y el autocontrol que corresponde a entidades que desde las alcaldías se crean para el monitoreo de la operación del servicio público.

### **3.2 LA REGULACIÓN DEL MODELO BAJO CRITERIOS DE EFICIENCIA Y EQUIDAD Vs AGENCIA DE FUNCIONES PRESIDENCIALES**

Como lograr hacer compatible los criterios de eficiencia y equidad para orientar la gestión de los servicios públicos. A ello radica la función de regulación, se trata de generar las condiciones para que se incentive el vínculo de asociación o complementariedad que debe establecerse entre el estado, la sociedad y el mercado, al fijar las reglas del juego para que los servicios públicos destinados al consumo domiciliario sean provistos y administrados de manera eficiente, garantizando su cobertura con calidad y en condiciones que garanticen su acceso y disfrute. En este sentido, el modelo de regulación basado en la eficiencia y la equidad (eficaz) prioriza desde lo normativo, garantizar la eficacia del derecho de

acceso ciudadano al servicio público<sup>71</sup> y que este sea considerado una función pública dirigida y controlada por el estado y desde lo público – estatal. De ahí que regulación, control, evaluación y mejora, deban ser entendidas como funciones estatales debidamente coordinadas y articuladas en función de los objetivos de un estado social de derecho, en los términos ya referidos en el numeral anterior. De ello se predica la capacidad de administración del estado en los asuntos públicos.

No obstante lo anterior y como lo explica el profesor Oszlak, la tendencia del modelo de regulación adaptado a la gestión de los servicios públicos, es el de propiciar condiciones para la gestión o prestación privada de los servicios, dedicando atención a los temas sobre financiamiento y reglamentación de las relaciones contractuales derivadas de la prestación del servicio. Preocupa al legislador garantizar el acceso del sector privado en un entorno propicio para la libre competencia y la competitividad y para ello el contrato es un instrumento eficaz. Basta entonces con fijar las reglas para el acceso a la prestación del servicio. Incluso, en aquellos casos en los que no resulte factible o rentable el acceso privado, el estado se encargará de fijar reglas para ese ejercicio competitivo. Un ejemplo del modelo de regulación que busca garantizar la operación de los servicios públicos en condiciones competitivas y favorables financieramente para el sector privado, es el contenido en el artículo 4o de la ley 142 de 1994, que establece la autorización para el establecimiento de aéreas de servicios exclusivo, facultad atribuible a las entidades municipales como esquema de ejecución contractual – tipo monopolio-, siempre que para ello se disponga de autorización de las comisiones de regulación. Esta medida incorpora una figura

---

<sup>71</sup> Como lo define el Profesor Oscar Oszlak: *“Hablar de servicios públicos exige una primera toma de posición con relación al tema, implica asumir que persiste la responsabilidad estatal por la garantía de regularidad, uniformidad y continuidad de los servicios, más allá de la personal jurídica que este a cargo e la gestión empresarial. Supone entonces que la garantía de un acceso equitativo a las redes de servicios, la armonización entre los diferentes operadores y el control de los precios y las normas técnicas de calidad deben ser objeto de reglamentación (López, 1997). Distinta es la postura de autores como Maizal (1993), que consideran que la privatización de las redes de servicios significa pasar de la tradicional teoría del servicio público desarrolladas en la Europa continental a un modelo más cercano al public utility del derecho norteamericano e inglés, o sea, del servicio público como actividad estatal delegada a los particulares, al servicio público como actividad privada reglamentada por el estado”*

En: OSZLAK, Oscar y FOLDER, Ruth, La capacidad de regulación estatal en la Argentina ¿Quis custodiet custodes?, pg. 6

que no corresponde a la de libre competencia, como lo refiere Carlos Alberto Atehortúa<sup>72</sup>.

Revisado el concepto aplicado al modelo de gestión de los servicios públicos – domiciliarios-, observamos un primer carácter que tiene fundamento constitucional (art. 365, 367 y 370): La función público estatal (Presidente de la República) reservada para fijar las políticas, competencias y responsabilidades que promuevan y garanticen la eficiencia en la prestación de los servicios públicos mediante condiciones que aseguren la competencia y la iniciativa empresarial privada. Por su parte, el legislador adopta la figura de *agencia independiente*, típica del modelo norteamericano, para crear las Comisiones de Regulación en servicios públicos, definidas como unidades administrativas especiales adscritas a uno o varios Ministerios (según la especialidad en el tema), que gozan de autonomía administrativa, técnica y financiera (Ley 142 de 1994, art. 68 y 69, concordante con la Ley 489 e 1998, art. 48)<sup>73</sup>.

El carácter de la comisión es eminentemente técnico, sus integrantes además de representar la instancia de decisión pública en el ramo (ministerios), son expertos que acreditan trayectoria en el sector. Asiste igualmente el superintendente de servicios públicos, quien hay que destacar su condición pasiva en la conformación de la Comisión, pues tiene voz pero no voto en las decisiones. En todo caso, el Presidente de la República reserva facultades especiales para efectos de verificar las funciones de las comisiones de regulación, en su calidad de director de la economía, no obstante, esta labor la cumple con la delegación de facultades y la presencia del ministro del ramo. Analizar la conformación de la comisión es un aspecto importante para determinar el contenido y alcance de las decisiones en torno de lo público o lo privado al nivel de regulación.

---

<sup>72</sup> PALACIOS, Mejía, Higo, Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles, Op. cit.

<sup>73</sup> Para el caso colombiano, las Comisiones de regulación son creación anterior a la ley 142 de 1994 y a la ley 489 de 1998, su origen tuvo rango reglamentario en el año 1992, al ser adoptadas por decreto. En su momento se crearon comisiones en tres sectores: Telecomunicaciones, Agua potable y saneamiento básico; Energía y gas.

Podemos afirmar que para nuestra realidad institucional y previa referencia al modelo de gestión pública en materia de servicios públicos, respecto de la cual hemos señalado su carácter contractual, se afirma en las comisiones de regulación un verdadero carácter de agencia cuya independencia parece ser atribuida a la condición de experticia. La preocupación del modelo se predica sobre los medios para garantizar el incentivo a la concurrencia privada y empresarial en la prestación del servicio, esto es, al logro de los cometidos de eficiencia, dejando de lado, el problema del acceso al derecho de los usuarios. En la conformación funcional de la comisión de regulación no resulta evidente, como debería ser, la prevalencia en la intervención de las instancias públicas estatales y no estatales que representan la defensa a los derechos de los usuarios.

Ahora bien, por el carácter determinante de las decisiones en un contexto institucional, la regulación puede tener un contenido político, económico o administrativo. Para el caso colombiano, las funciones son de carácter administrativo, no pueden ser confundidas con el alcance o fuerza vinculante de las decisiones legislativas, pues para nuestro caso, toda intervención que suponga limite restrictivo a la libertad de empresa o a la competencia debe tener fuente legal. Esta es una medida de protección e incentivo al modelo de libertad económica señalado por el constituyente colombiano y así entendido por el legislador. Por ende, nuestro concepto de regulación no reviste el carácter exigido por el profesor Oszlak, situación que es común para América Latina<sup>74</sup>. Legalmente, la función principal es la de promover y regular la competencia en la

---

<sup>74</sup> OSZLAK, Oscar y FÓLDER, Ruth. Op. Cit.

Oscar Oszlak define el concepto de regulación asociado al de la reforma del estado que tiene como énfasis el enfoque privatizador de la gestión pública, afirmando la diferencia entre un modelo de regulación productivo del estado y un modelo de desregulación de esa capacidad productiva. Al respecto, afirma: "La diferencia esencial entre unas y otras es el carácter público de los bienes o servicios involucrados. En efecto, la nueva regulación pretende abarcar las relaciones entre el estado, los prestadores y los usuarios, en cuanto a las condiciones en que los nuevos operadores prestan servicios públicos. En cambio, las regulaciones suprimidas en el marco de la reforma estatal apuntaban, más bien, a la aplicación de reglas de juego mediante las cuales el estado intentaba preservar o corregir determinados desequilibrios económicos o sociales, como en el caso del establecimiento de precios sostén; el aprovisionamiento de ciertos insumos críticos; el uso de stocks de intervención para regular los mercados; la fijación de la paridad cambiaria (...). En estos casos existe un "interés público" pero no un "servicio público" afectado" Ssobre este tema aplicado al caso colombiano, ver la definición en Hugo Palacios Mejía, El derecho a los servicios públicos, Op. cit, pág. 70 y ss.

operación del servicio. De esta manera la regulación tiene un objetivo específico: garantizar un ambiente económico de libre competencia – mercado competitivo; esta definición legislativa la hace diferente a la de intervencionismo de estado en asuntos económicos con fines restrictivos como se le conoce en la literatura especializada, elemento discutible pero que guarda coherencia con la definición de un modelo de gestión pública basado en presupuestos de liberalización y desregulación, como el colombiano<sup>75</sup>.

Hemos indicado que la regulación refiere principalmente a fijar las reglas para la administración pública o privada de bienes y recursos, con énfasis al financiamiento y sostenibilidad del servicio y al señalar parámetros generales para la prestación del servicio bajo criterios de calidad y cobertura, previendo, por vía indirecta, la protección de los usuarios, esta labor que corresponde a las entidades de vigilancia como la Superintendencia de Servicios Públicos, sin voto en las Comisiones de Regulación. . Analizado este contexto funcional, podemos indicar que el modelo de regulación de los servicios públicos incorporado en la ley 142 de 1994 (excluye el tema eléctrico, contenido en la ley 143 de 1994) es de contenido administrativo, antes que económico o social, pues el énfasis está dado por las reglas técnicas de operación o prestación del servicio, buscando eficiencia, antes que la evaluación de los efectos sociales de las mismas<sup>76</sup>.

Precisando los alcances del modelo de regulación, dando alcance a los conceptos del profesor Repetto y Oszlak sobre capacidad del estado, podemos referir el déficit de capacidad estatal en el modelo de gestión de los servicios públicos, en

---

<sup>75</sup> En la exposición de motivos de la ley 142 de 1994, se lee textualmente: “La Nación debe redefinir su papel para fortalecer instituciones reguladoras que más que definir de manera aislada esquemas tarifario, engloben la gestión de manera integral e involucren los costos al igual que el manejo de precios dentro de un objetivo de mejoramiento de la eficiencia del servicio, disminución de costos, repunte de productividades y aproximación a criterios de mercado (...)La función reguladora, no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionistas (sic) o entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que fomenta la competencia (sic) en aquellas áreas donde existe y es factible impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde esta es ineludible desregula para eliminar –barreras artificiales a la competencia y, finalmente, calibra las diversas áreas e un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor”. Exposición de motivos, comisión séptima, Senado, ob cit. 1992.

<sup>76</sup> La doctrina define tres clases de regulación, económica, social y administrativa, según el énfasis de las medidas que se adopten.



términos del reconocimiento del valor público que se predica en el artículo 365 de la C.P, y que se atribuye principalmente a los fallos de orden político, derivados de la conformación y alcance funcional de las comisiones de regulación en términos de definición de las instituciones económicas y sociales, que limita su ámbito de acción al de agencias del estado – por delegación presidencial- para definir las reglas de “esquemas organizativos”. Al respecto, el profesor Oszlak nos enseña que el éxito del modelo radica en varios aspectos, uno de ellos, y en mi opinión el trascendental, es el de la definición de la conformación de las organizaciones acorde a los objetivos y metas propuestos para la organización. Una vez que se logra la coherencia en este aspecto, es posible exigir de los entes u organizaciones públicas que cumplan con los objetivos encargados, en este caso, que fijen las reglas de juego en un marco de interacción de los múltiples actores y también sus diversos intereses.

En este sentido, Oszlak nos define que se entiende por fijar las regla en un marco institucional: *“Hablar de reglas de juego supone considerar un espectro de variables amplio y heterogéneo, tales como supuestos ideológicos de los actores intervinientes en la relación, vigencia de normas formales e informales, recursos de poder detentados por cada parte, espacios y márgenes de acción política, naturaleza moderada o maximalista de las demandas u oportunidades de formación de coaliciones. En este plano se dirimen cuestiones relativas a la preservación del carácter público de los servicios privatizados, los efectos redistributivos de la gestión privada de servicios, la definición de los receptores de los servicios en términos de usuarios o clientes, los límites a la aplicación exclusivamente empresarios en la prestación de los servicios, etc”*<sup>77</sup>. Con esta comprensión, el escenario de la regulación es ante todo un ámbito de lo político, en atención a la incidencia de las decisiones que se adoptan, pues lo que esta en discusión es precisamente las reglas de poder para dar dirección al modelo de gestión. Si la comisión de regulación es un agente de lo público, con un alto poder

---

<sup>77</sup> OSZLAK, Oscar y FÓLDER, Ruth. *Ibidem*, pág. 9.

de decisión y si las decisiones que adopta dicha organización recaen directamente en el bien o en el mal de la organización social – los usuarios / asociaciones de control social / asociaciones de producción de bienes y servicios, porque estas organizaciones no integran la agencia de las decisiones. Este esquema permitiría asumir lo que en la literatura especializada se conoce bajo la denominación del riesgo moral de la agencia<sup>78</sup>, aspecto que se somete a consideración.

Ahora bien, la “agencia” de regulación debe garantizar la toma sus decisiones con fundamento en criterios que se sustentan en los principios del ordenamiento jurídico constitucional. Para el caso nuestro, hemos indicado que estos parámetros refieren a la denominación sobre eficiencia y equidad, con fundamento en los principios que sustentan la función social del estado en un marco de libertad del modelo económico. La aplicación de los principios, sumado a los valores que son fundamento de la administración de los servicios públicos, debe garantizar que el fallo no afecte a sus destinatarios finales o le generen costos que no podrían serle atribuidos en condiciones de racionalidad y eficiencia, caso en los que por restricciones del modelo no pueden acceder a la toma de sus propias decisiones.

Pues bien, si analizamos un caso concreto que corresponde a facultades de regulación, como es el fijar los parámetros tarifarios, podemos observar que el concepto de eficiencia concordante con el de equidad, no siempre parecen orientar la decisión. La ley 142 de 1994 (art 87) establece que para fijar las tarifas en los servicios públicos se deben atender criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia. Ahora bien, la eficiencia supone que maximización del bienestar,

---

<sup>78</sup> Cuando nos referimos a la noción sobre agencia nos situamos en el análisis de relaciones de mandato, típicamente contractuales, que se establecen entre dos actores y que tiene por objeto la administración de intereses por otro a la par de los intereses propios (Principal – Agente) y para garantizar la administración se transfiere un poder de decisión que siempre debe ser limitado. Así, “la relación de agencia implica siempre la existencia del problema del riesgo moral: la posibilidad de que el agente (gestos político, gestor empresarial) busque objetivos personales en detrimento de los intereses del principal (el ciudadano o el accionista). Puede comprobarse que el problema así enfocado permite analizar los problemas de las decisiones económicas del estado y mercado desde una visión unificada. Habrá una pérdida de eficiencia siempre que los costes y perjuicios ocasionados por una decisión no recaigan sobre el individuo que decide”. Concepto tomado de: [www.eumed.net/cursecon/1/instagencia.htm](http://www.eumed.net/cursecon/1/instagencia.htm)

mayor calidad del servicio a menor costo, en términos empresariales, no solamente suficiencia financiera como pareciera ser el criterio determinante del modelo de servicio de aseo y saneamiento en Bogotá. Ello debería ser así si tenemos en cuenta que en Bogotá se han dado las condiciones para que el modelo haya logrado posicionamiento empresarial (más mismas empresas operadoras por más de 15 años), lo que significaría mayor inversión en infraestructura y mayor capacidad técnica instalada, tanto desde lo público estatal como desde lo público no estatal y también desde lo privado. Previendo además, que en materia de servicios públicos domiciliarios se afirma rentabilidad pública en fondos financieros; estas condiciones deberían traducirse en una reducción ponderada en el costo de la tarifa a cargo del usuario.

El planteamiento parece lógico y razonable, no obstante la realidad es diferente, como se muestra al revisar el costo de tarifas del servicio de aseo y saneamiento en Bogotá, en el periodo 2008 a 2011, comparado con el esquema tarifario establecido para el 2006. Veamos los datos:

#### Costo promedio de la tarifa de aseo para Bogotá en el período 2008-2011

| ESTRATO | 2008         |               | 2009         |               | 2010         |               | 2011         |               |
|---------|--------------|---------------|--------------|---------------|--------------|---------------|--------------|---------------|
|         | INDIVIDUALES | MULTIUSUARIOS | INDIVIDUALES | MULTIUSUARIOS | INDIVIDUALES | MULTIUSUARIOS | INDIVIDUALES | MULTIUSUARIOS |
| 1       | \$ 4.400,40  | \$ 986,44     | \$ 4.610,89  | \$ 1.033,63   | \$ 4.750,47  | \$ 1.064,89   | \$ 4.821,64  | \$ 1.080,81   |
| 2       | \$ 8.800,64  | \$ 1.972,88   | \$ 9.221,77  | \$ 2.067,25   | \$ 9.500,94  | \$ 2.130,33   | \$ 9.643,28  | \$ 2.162,74   |
| 3       | \$ 12.467,81 | \$ 2.794,89   | \$ 13.064,43 | \$ 2.928,61   | \$ 13.459,66 | \$ 3.017,27   | \$ 13.661,31 | \$ 3.062,47   |
| 4       | \$ 14.668,00 | \$ 3.288,14   | \$ 15.369,62 | \$ 6.890,84   | \$ 15.834,89 | \$ 3.549,72   | \$ 16.072,13 | \$ 3.602,90   |
| 5       | \$ 21.582,73 | \$ 4.965,54   | \$ 32.709,22 | \$ 5.168,13   | \$ 33.699,40 | \$ 5.324,58   | \$ 34.204,29 | \$ 5.404,35   |
| 6       | \$ 36.982,27 | \$ 5.261,02   | \$ 38.751,24 | \$ 11.025,34  | \$ 39.924,32 | \$ 5.679,55   | \$ 40.522,47 | \$ 5.764,64   |

**FUENTE:** Cálculos elaborados a partir de las Resoluciones por las cuales se fijan las tarifas del servicio público domiciliario de aseo para Bogotá D.C. en el período 2008—2011.

El comportamiento de las tarifas en este período muestra un acelerado incremento con respecto al período 1996-2006, esto se debe a la necesidad de ajustar el esquema tarifario a lo establecido por la CRA en el año 2006, lo cual llevó a la UAESP a modificar las tarifas llevándolas hacia un techo que garantizara la sostenibilidad financiera de los operadores del servicio de aseo en Bogotá.

Para el solo año 2008, el valor de la tarifa tuvo tres variaciones: Para los meses de enero a marzo la tarifa fue de \$4.263,49 para el estrato 1 (Resoluciones No. 010, 027 y 047). Para el mes de Abril, el costo se incrementó en un 3,09% (Resolución 060 de 2008), por lo que la tarifa del estrato 1 quedó en \$4.395,24 hasta el mes de Agosto, cuando nuevamente se incrementa en 3,35% (Resolución 187 de 2008), quedando en un costo de \$4.542,48. Así, para un solo año, la tarifa del servicio tuvo un incremento de 6,54%, en comparación al costo del año anterior. En el mes de Abril del 2009, por Resolución No. 373, el costo tarifario sufre un incremento del 3% siendo el valor de \$4.673,30 la tarifa (estrato 1). En el mes de agosto de 2010, el costo incrementó un 3,04% - estrato 1 (Resolución 575) siendo el \$4.821,64, que se mantiene al registro del mes Abril del 2011.

De esta forma, las tarifas del servicio de aseo en Bogotá han alcanzado un incremento total del 9,57% en un período de 3 años y medio, lo cual evidencia un acelerado incremento con respecto al período 1996-2006, lo que demuestra el interés de la regulación por mantener el criterio de incremento de sostenibilidad financiera, contradictorio con el concepto de eficiencia compatible con equidad, decisión que afecta la capacidad de pago de los usuario y con ello, detrimento en los estándares de calidad de vida, pues a menor capacidad de pago, menor acceso al derecho al servicio público, si se afirma un modelo patrimonial como el nuestro.

Otro elemento que se evidencia con el modelo y su forma de regulación es el de la falta de articulación e integración de las funciones de lo público estatal como un

todo coherente y encaminado al logro de objetivos comunes, lo que permita delimitar y acentuar desde lo estatal, el valor público en el modelo de gestión. Aspecto específicamente referido al de regulación acompañada de su complemento: el control, la inspección y la vigilancia, que determinan un marco de referencia para los ejecutores de las políticas nacionales en lo distrital o municipal; así como, asociadas al concepto de lo público no estatal, ámbito en el que se expresan las otras formas de organización social de interés público, que deben estar presentes con voz y voto en las comisiones de regulación. Se trataría de un modelo de autocontrol de poderes de decisión.

En este sentido la comisión de regulación no debe ser una agencia independiente o aislada del entorno institucional público, pues su conformación y funciones tienen un sentido público innato y sus decisiones definen lo público. De esta manera, la función de regulación debe ser expresión del *estado relacional* encaminado a un *pluralismo de bienestar*, como lo refiere Alfred Vernis Doménech, una instancia de verdadera promoción del valor público – social, en términos de Mark Moore (ver # 1.4), labor que no debe ser asignada solo a las autoridades municipales que para ello carecen de reglas, infraestructura pública y recursos, lo que hace imposible que puedan cumplir sus funciones de la manera exigida.

### **3.3 LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: AGENCIA, CONTRATOS, CONTROL Y SUPERVISIÓN**

La implementación de los servicios públicos refiere a un ámbito de la administración en el que se establecen relaciones entre diversos actores estatales y no estatales, que con sus actuaciones participan en la consecución de unos objetivos que pueden ser de carácter público o privado, definidos en atención a un

conjunto de procesos, mecanismos e instrumentos de intervención y al amparo de unas específicas normas de regulación y control.

Abordar la caracterización de la implementación del modelo como un todo, además de ser un tema amplio, reviste de cierta complejidad y especialidad en el análisis que resulta inalcanzable para los fines de este trabajo; por esta razón, solo me limito a la revisión del concepto sobre el contrato y, en términos generales, a la definición normativa de las relaciones contractuales entre el estado y los prestadores del servicio y entre estos y los usuarios.

### **3.3.1. Los rasgos característicos de la agencia aplicada a los modelos de gestión de los servicios públicos: Lo público en manos de lo privado.**

Analizar la implementación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, a partir de la ley 142 de 1994, significa referirnos a un modelo de administración de fines (derechos de bienestar y calidad de vida de ciudadanos) y de medios (bienes y recursos humanos, técnicos y financieros) -públicos-, determinado por un esquema privado de relaciones de orden contractual que bien podríamos identificar con la noción de *Agencia* y donde el *Contrato*, es el principal marco de regulación, supervisión y control para las partes (estipulaciones que son ley).

Identificamos el concepto sobre *Agencia*, como referente para comprender el modelo de gestión con unos rasgos que son característicos del derecho privado y que para efectos de este trabajo queremos destacar de la forma siguiente: a) una relación jurídica establecida entre dos actores, un principal y un agente; b) el contrato como fundamento reglamentario de la relación entre un principal y un agente; c) la premisa de que todo agente administra intereses ajenos con un margen de autonomía en la decisión por otro; d) que la decisión del agente en la administración de intereses que no le son propios, afectan a otros; e) que los intereses – privados- del agente no coinciden, necesariamente, con los intereses dados para su administración; f) la prevalencia de las reglas de derecho privado,

propias de la naturaleza jurídica que ampara los intereses del agente, en la administración de los intereses ajenos que le han sido objeto de encargo. g) el principal carece de suficientes mecanismos para ejercer el control e incidir totalmente en las decisiones del agente, al igual que difícilmente puede ejercer supervisión en los intereses individuales que le son propios al agente, por ende se predica un alto grado de confianza en la especialidad del agente y ello genera seguridad por parte del actor principal que transfiere las funciones de administración<sup>79</sup>.

La noción de agencia, con este contenido, difiere de la noción tradicional sobre el mandato – poderdante/ apoderado-, contenida en las formas de representación de intereses públicos. En efecto, con fundamento en la agencia los intereses públicos, en este caso, los servicios públicos, se administran como si se tratará de fines de naturaleza privada, al que concurren medios tanto públicos (recursos, infraestructura, espacios públicos) como privados (tecnología, capacidad técnica, conocimientos humanos).

**3.3.2. El concepto sustancial sobre el contrato: Lo público con referencia a lo privado.** Un modelo de organización y gestión, típico de relaciones de agencia, está definido por el contenido sustancial del contrato que le sirve de fundamento reglamentario. Por ello, corresponde comprender el concepto sustancia sobre el contrato desde dos perspectivas de análisis que nos ofrece la doctrina y la jurisprudencia, pertinente para aproximarnos a la delimitación de esta figura en los servicios públicos domiciliarios.

a) Al igual que lo referimos para la definición sobre servicio público, una primera perspectiva de análisis conceptual que sustenta la noción de contrato, está contenida en la teoría del pensamiento clásico francés sobre la administración

---

<sup>79</sup> El concepto sobre agencia, ha sido abordado en la revisión del título La decisión de privatizar, fines públicos y medios privados, en DONAHUE, John, Traducción de Lorenzo González, Barcelona, primera edición, 1991, pag 61 a 68.

pública y la diferenciación entre actos de autoridad y actos de gestión, basada en el postulado sobre prerrogativas públicas<sup>80</sup> y que ha permitido a la doctrina del derecho administrativo público construir una teoría sobre los contratos de derecho público (actos de autoridad / servicio público/ interés general) diferenciada de los contratos de derecho privado de la administración (actos de gestión). Del contrato administrativo se predica un régimen especial de control y protección que expresa la potestad de lo público que subordina a lo privado. Respecto a los contratos de gestión o también llamados de derecho privado de la administración, el régimen aplicable es el de derecho común, pues en ellos, las actividades no guardan una estrecha relación con la prestación de un servicio público, actividades que ameritarían una protección especial<sup>81</sup>.

La diferencia entre actos de autoridad (servicio público) y actos de gestión (no referidos al servicio público), donde el rasgo característico y diferenciador está determinado por el fin del interés general, es pertinente para comprender el carácter sustancial de la definición del contrato en la legislación de los servicios públicos domiciliarios; determinar cuando estamos ante un contrato estatal y cuando ante un contrato privado y de que manera el régimen jurídico aplicable a las relaciones contractuales conlleva la redefinición de la noción sobre servicio público y por ende del modelo de gestión para su prestación.

---

<sup>80</sup> "*Puissance Publique*" en Maurice HAURIUO, desarrollos de la teoría sobre servicios público y administración pública de Gastón Jeze.

<sup>81</sup> Al respecto, Jaime Orlandado Santofimio, Tratado de Derecho Administrativo, Contratación Indevida, Tomo IV, op. cit. pag. 19 y siguientes. Sobre el contenido sustancial del concepto, el autor en comento nos refiere las diferentes aproximaciones de la doctrina que van desde afirmar la diferenciación de lo público o lo privado en las relaciones jurídico contractuales, hasta afirmar que con relación a los asuntos sobre estado, no puede predicarse de la noción del contrato, el elemento de la autonomía negocial de las partes, ni menos aún, consentimiento alguno. Pues por parte del estado, lo que se expresa en el contrato es un acto impositivo de autoridad que compromete. Este aspecto es el que conocemos como poder exorbitante. Para el caso colombiano, el autor nos informa que este concepto estuvo contenido en la regulación anterior a la ley 80 de 1993 (Decreto 222 de 1983). Ya con posterioridad, la definición se incorpora a la de contrato estatal, con la precisión de que en dicha noción, como elemento característico, prevalece la aplicación de las normas de derecho privado (civil y comercial), para todas aquellas materias que no estén expresamente reguladas en el estatuto de contratación estatal y como método de interpretación de las mismas. Este mismo concepto se adopta en la Ley 1150 de 2009. Esta referencia es importante para considerar al momento de identificar la noción del contrato estatal adoptada en la legislación sobre servicios públicos.



b) Una segunda perspectiva, deriva de la interpretación de la noción sobre contrato en el derecho anglosajón, con precisión al concepto aplicado a la administración de los asuntos que revisten el carácter de servicio público (*utilidad pública*) en el modelo norteamericano y que sumado a la incidencia del contenido económico de las políticas de reforma del estado de perfil neoliberal implementadas en la década de los años 80', determinarán el diseño normativo contenido en la Ley 142 de 1994, como ya lo anunciamos en el capítulo segundo de este trabajo. Esta noción de contrato es de contenido económico y se regula principalmente con las normas del derecho privado<sup>82</sup>.

El concepto de contrato en el derecho anglosajón, es en esencia un instrumento que le permite al estado asumir la gestión de los asuntos públicos con el reconocimiento de un entorno institucional en el que prevalecen las relaciones de libertad (libertad de competencia, libertad de mercado), de ahí que las actuaciones contractuales de los asuntos del estado, en la que participen sus administradores, se sujeten a las reglas del derecho común (*common law*) y con la primacía de los principios en los que reposa lo público como expresión de libertad: *responsabilidad, transparencia, participación, igualdad y selección objetiva*<sup>83</sup>. Con este fundamento, Jaime Orlando Santofimio nos explica que en el derecho colombiano, la regulación de las relaciones contractuales del estado incorporan un concepto en el que priman las normas de contenido público – administrativo y que de forma complementaria se remite al derecho civil y comercial, como mecanismos para propiciar modelos de gestión en los que se incentive la participación privada, en el mismo sentido lo interpreta la jurisprudencia

---

<sup>82</sup> Al respecto, José Ayala Espino, al interpretar el concepto sobre el contrato desde una perspectiva de lo institucional, afirma: "Una de las figuras institucionales más relevantes en la economía de los costos de transacción es el contrato, porque es un mecanismo (jerarquía) que permite aliviar la complejidad y la incertidumbre que de manera natural rodea el intercambio múltiple. El contrato permite reducir el intercambio a un número relativamente pequeño de participantes (clientes, proveedores, trabajadores, administradores). La presencia de los contratos en las transacciones cambia los mercados, porque los organiza y estructura de un modo muy diferente al de la lógica derivada del mecanismo de los precios del mercado (...) El contrato es una institución clave porque permite realizar el intercambio más eficientemente (con menores costos de transacción) (...) El Contrato es una institución relevante que puede promover o bloquear la cooperación en el intercambio; se trata de una institución sustantiva a través de la cual se especifican qué tipo de derechos de propiedad pueden ser transferidos, y en que términos". En, Instituciones y Economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico, Op Cit, 192, 246.

<sup>83</sup> Santofimio, Jaime Orlando, "Tratado de Derecho Administrativo, Contratación indebida, Tomo IV, op cit. pg 38 y siguientes.

constitucional, cuando refiere al alcance de la legislación adoptada en la ley 80 de 1993<sup>84</sup>.

El modelo contractual al definir relaciones jurídicas que permiten la concurrencia de los particulares para asumir de manera consensual la administración de los asuntos públicos, bajo condiciones en las que se respeta la autonomía negocial y la competencia, introducen a la definición del contrato un contenido propio del derecho civil y comercial. Este que sirve de fundamento al modelo en la gestión de los servicios públicos como veremos continuación.

### **3.3.3. Aspectos generales del régimen contractual en los servicios públicos domiciliarios:**

a) *Un primer aspecto por referir de la normatividad es la definición de la competencia para la prestación de los servicios públicos.* Al respecto, la constitución de 1991 define tal calidad en tres tipos de actores, en su orden: Los municipios o distritos, las comunidades organizadas y los particulares. Las entidades municipales, por regla general, prestarán el servicio público siempre que las condiciones de capacidad técnica, administrativa y financiera así lo permitan, en su defecto, generarán las condiciones para la concurrencia de las comunidades organizadas y de los particulares. Por su parte, la ley 142 de 1994, siguiendo, a nuestro parecer, un sutil cambio de alcance interpretativo, determinó que la prestación, por regla general, corresponde al sector empresarial privado – tipo societario (Art. 17) y que los municipios podrán acudir a su prestación solo cuando no estén dadas condiciones que incentiven el interés privado (carencia de ofertas)

---

<sup>84</sup> Al referirse al alcance de las normas contenidas en la Ley 80 de 1993, Santofimio cita el concepto de la jurisprudencia constitucional colombiana, que traemos a colación, al considerarla pertinente para precisar la noción del contrato desde esta perspectiva que podríamos identificar con el contenido económico y perfil iusprivatista, aplicado a la administración pública: "Corte Constitucional, Sentencia C-949 de 2001, cit: 'Particularmente, en cuanto atañe al postulado de la autonomía de la libertad, entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, saldo en las materias reguladas particularmente en dicha ley". En "Tratado de Derecho Administrativo, Contratación indebida, Tomo IV, op cit. pg 47.

o cuando los costos de la operación desde lo público resulten más competitivos en el mercado que los que ofrecen las empresas privadas (Art. 6º); en todo caso, se reserva a las autoridades municipales las funciones de coordinación, supervisión y control del modelo de gestión, así como la planeación del servicio acorde con el plan de necesidades básicas y demás especificaciones sobre la planeación del desarrollo económico, social y territorial, acorde al marco de sus competencias descentralizadas (Ley 136 y 152 de 1994). En todo caso, ha sido evidente la intención del legislador por regular la forma empresarial privada y con ánimo de lucro, con preferencia de otras modalidades de acceso a la prestación, como sería el caso de la asociación de comunidades organizadas sin ánimo e lucro, a las que poco o nada refiere la reglamentación del modelo. Al respecto, el profesor Carlos Alberto Atehortúa señala como razones de esta decisión por la empresa, el hecho de que para el modelo de gestión de los servicios públicos, en un marco de competencia y competitividad, se diera preferencia a la “alta eficiencia en su prestación y solución costos innecesarios en la gestión de los mismos”<sup>85</sup>. En este primer aspecto se reconoce una preferencia por lo privado al que se subordina la decisión por lo público (*estatal y no estatal*).

b) *El segundo aspecto esta definido al mecanismo con que cuentan las autoridades de lo público estatal para promover la concurrencia de los particulares en la gestión de los servicios públicos, destacando las figuras de la asociación o alianza estratégica o el contrato, donde el rasgo característico pareciera ser el de la transferencia o no de la titularidad en la calidad de prestador directo, como se interpreta a partir del concepto que refiere el Profesor Atehortúa, veamos: “Los municipios pueden entregar temporalmente los bienes a terceros para que ellos los exploten y luego los reviertan a los municipios, como es el caso de los arrendamientos y las concesiones. A diferencia de todas las modalidades anteriores en las cuales los municipios mantienen en forma directa la gestión del*

---

<sup>85</sup> Atehortúa, Carlos Alberto, Servicios Públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles, ob cit., pg 97.

*servicio, y, por lo tanto, son ellos quienes definen las políticas, en especial las tarifas y el control de la red y de los servicios, en algunos casos, y dado el bajo nivel de desarrollo local, lo adecuado es entregar a terceros la red y los bienes asociados a la misma, para que por su cuenta y riesgo asuman frente a los usuarios la prestación de los servicios”<sup>86</sup>.*

Al respecto no comparto el planteamiento del Profesor Atehortúa, pues en ningún caso es conveniente que el estado pierda la titularidad sobre la prestación del servicio, lo que conlleva, como ha pasado en el caso de Bogotá, que ni siquiera es posible ejercer un control de planeación y coordinación interinstitucional de la prestación del servicio, ni establecer relaciones de comunicación adecuadas entre operadores y usuarios. En este elemento se define un segundo rasgo de particular relevancia para nuestro análisis en el marco de las definiciones ya dadas sobre agencia y contrato, que tienen que ver con el déficit al que están expuestas las instituciones de lo público. Pues bien, si en toda relación de agencia, el principal asume un riesgo de pérdida de control en la toma de decisión sobre los asuntos de administración por parte del agente, no obstante que no pierde la titularidad en sentido estricto, que podemos decir sí en el modelo de contratación la función de administración se delega o transfiere a tal modo que se predica la pérdida de titularidad por parte del cedente estatal, en beneficio de lo privado. En este orden se identifica un segundo déficit de lo público estatal con evidentes repercusiones en lo social. El estado ya no es titular de lo social y por ende, carecería de mecanismos eficaces para controlar lo público social desde un ámbito al que ya no pertenece. Al respecto, la doctrina destaca como el estado deja de ser interventor en la provisión para asumir un rol de seguimiento e interventoría externa. Este modelo nos sitúa en el concepto de privatización de Yarrow y Vickers.

Sobre el contrato como fundamento de relaciones de orden privado, en tanto que la ley, lo es de las relaciones de lo público, Norberto Bobbio, siguiendo la crítica

---

<sup>86</sup> Ib idem, pag.100.

que hace Hegel a la teoría iusnaturalista y contractualista, nos ubica en la dicotomía de lo público/privado expresada en la relación ley/contrato y en estos términos habrá que afirmarse que de toda relación jurídica en la que prevalece una regla contractual negociada y producto del consenso de solo dos partes, pretenda ser la base de lo colectivo o lo público. De ahí la tendencia a la privatización de un modelo de gestión sustentado en el contrato antes que en la ley<sup>87</sup>.

*c) El tercer elemento esta referido al régimen jurídico aplicable a las relaciones de orden contractual. Al respecto habría que diferenciar entre los contratos acordados entre los proveedores del servicio y las entidades estatales y los que suscriben por adhesión, los usuarios con sus proveedores de servicios. Observemos en este enunciado, dos aspectos de la diferenciación de lo público respecto de lo privado en la modalidad contractual: El contrato estatal (estado – prestador directo) que se suscribe como resultado de una licitación pública y que deberá incorporar cláusulas exorbitantes como expresión de la potestad pública, es resultado de la negociación en un medio de competencia y competitividad que se funda en el consenso o acuerdo entre las partes y en el que está presente la autonomía de la voluntad negocial. El estado persigue delegar en una empresa privada que le ofrezca seguridad y confianza sobre su capacidad o experticia empresarial, de ahí que las condiciones de selección prioricen la experiencia, medida en cuántos contratos con objetos similares ha ejecutado y en su capacidad de respaldo financiero. Por este motivo se podrá entender que los proponentes, en la mayoría de los casos, son la sumatoria de experiencias nacionales y extranjeras*

---

<sup>87</sup> Sobre el fundamento de lo público en oposición de lo privado, señala sobre lo público, así: 'Para Hegel un instituto de derecho privado como el contrato no puede asumirse como fundamento legítimo del estado al menos por dos razones, estrechamente relacionadas con la naturaleza misma del vínculo contractual que es diferente del vínculo que deriva de la ley: en primer lugar, porque el vínculo que une al estado con los ciudadanos es permanente e inderogable por parte de éstos, mientras que el vínculo contractual es derogable por las partes, en segundo lugar, porque el estado puede pedirle a sus ciudadanos, aunque en circunstancias excepcionales, el sacrificio del mayor bien, la vida, que es un bien contractualmente indisponible. No por casualidad el contractualismo es rechazado por todos los críticos del iusnaturalismo por ese una concepción privatista /u por ello inadecuada) del estado, el cual, para Hegel, toma su legitimidad, y por tanto el derecho de mandar y de ser obedecido, o por el simple hecho de representar en una determinada situación histórica el espíritu del pueblo o de ser encarnado en el hombre del destino (...), en ambos casos, en una fuerza que trasciende la que puede derivar de la agregación y del acuerdo de voluntades individuales'. En Bobbio, Norberto, Estado, Gobierno y Sociedad: Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, op. cit, pag 19.

(consorcios / uniones temporales), este que es otro de los aspectos que la norma permite al igualar las condiciones de participación para las empresas nacionales con las de capital extranjero; y a ello atribuye el calificativo de competitividad. En la relación negocial, la empresa privada persigue como interés acceder a la titularidad de la prestación del servicio, pues es de reconocimiento que en las condiciones normativas del modelo, existe un conjunto de incentivo que le garantizaran la rentabilidad financiera a mediano y largo plazo y en cualquiera de los casos, el estado siempre velará por condiciones eficientes del mercado y por la sostenibilidad financiera, incluso a costa del valor que ello puede representar a los usuarios. Otra ventaja del modelo a favor del operador privado es el contrato condición y uniforme, que se obliga a suscribir al usuario como mecanismo de regulación y control del servicio al destinatario final. Se parte del supuesto que los usuarios son iguales y que en tal condición están obligados a reconocer un costo individual por el consumo y a cumplir un conjunto de deberes por parte de los usuarios, al igual que le permite a estos exigir unos derechos, también definidos contractualmente y en desarrollo de la ley y la constitución. El contrato de condiciones uniformes está regulado por normas de especial protección pública, estas referidas a controlar el ejercicio de posición dominante por parte del operador.

En cuanto al régimen de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la regla general es la del derecho privado (civil o comercial) – artículos 32 de la Ley 142 de 1994, con excepción a ciertas materias que por su contenido de protección al derecho de los usuarios o del ambiente o relacionados con la administración de redes o bienes públicos y para evitar ejercicio de posición dominante, se rigen por lo que ha llamado la ley, un régimen especialmente regulado (mixto), que incorpora normas tanto de derecho público como del privado. Con este mismo carácter, los conflictos sobre los actos o contratos que no estén especialmente protegidos por la potestad estatal (cláusulas exorbitantes, ejercicio de la posición dominante, protección de los derechos de los

usuarios) serán resueltos por jueces ordinarios, solo por vía excepcional, los asuntos de controversia de las empresas de servicios públicos domiciliarios (trátase de naturaleza oficial, mixta o privadas) serán resueltos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (ejercicio de potestad pública – exorbitancia / o de posición dominante).

Con referencia a este aspecto de la regulación contractual y los conflictos que derivan de los actos o contratos, se predica un énfasis al contenido del derecho privado con relación al derecho público. Sobre el particular, el profesor Leopoldo Múnera explica como esta tendencia a “estatutos particulares” ordenan un modelo que tiende a la privatización en detrimento del concepto sobre lo público y lo colectivo<sup>88</sup>.

d) *En cuanto a la financiación y el régimen tarifario*, podemos señalar que fijar los parámetros de las tarifas competencia de lo público estatal (ley / regulación) y como lo refiere Hugo Palacios Mejía, todo esquema tarifario tiene una función social: garantizar la sostenibilidad financiera para el logro de la cobertura. Ello explica el concepto sobre los subsidios. Para determinar el esquema tarifario, la regulación tendrá como parámetros de medición y ponderación, los costos de la inversión pública y privada y las condiciones para la recuperación de la inversión; el concepto sobre solidaridad que se traduce en mayor costo a unos sectores de la población para que otros de menor capacidad de pago puedan ser incluidos; la redistribución de los ingresos. Analizados estos tres aspectos, lo que se puede concluir es que en todos los casos, la financiación de la operación del servicio está garantizada a como de lugar, pues el estado dispone de fuentes de inversión

---

<sup>88</sup> “La naturaleza del derecho moderno reposa sobre una característica propia de lo público: la pretensión de tener como referente objetivo un deber ser común al conjunto sociedad, producto de la formación de consensos políticos y sociales. La norma jurídica sobre este proceso de objetivación y universalización de principios morales, para darles un respaldo coactivo a nombre de la colectividad. Aunque a partir de Kelsen el debate jurídico ha girado, con posiciones divergentes, alrededor de esta pretensión y del intento de diferenciar el derecho de la moral privada, la producción de una norma general que facilite la integración de la sociedad es un proceso consustancial a lo público, incluso dentro del pluralismo jurídico. Por el contrario, la ausencia de normas generales objetivadas socialmente implica el fortalecimiento de los estatutos particulares y la ampliación de la esfera privada”. En la Tragedia de lo público, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

pública, y por su parte, se asegura un régimen tarifario y son los mismos usuarios que al hacer periódico –mensual-, permiten la cobertura. Lo que no está claro es el mecanismo de redistribución de los ingresos. Al respecto, Hugo Palacios Mejía nos da una claridad, al señalar que el criterio de redistribución del ingreso se impone como una carga adicional al usuario que acredita una mejor condición a la de otros usuarios, para serle exigida una mayor contribución tarifaria. El concepto de redistribución no parece corresponder al de “*eficiencia distributiva*”, esto es, participar de las ganancias o rentabilidad resultante de la operación del servicio. En lo que refiere al financiamiento privado, es poca la claridad y desarrollo en la doctrina, lo que se advierte es que bajo modelos de competencia abierta se logra el ingreso de capital privado, así como el incentivo al sector empresarial y ello incide en la mejora de capacidad productiva interna, además del valor agregado del conocimiento técnico instalado. En este aspecto, como en los anteriores, lo social sigue supeditado al logro de la capacidad pública estatal y a la concurrencia de los usuarios para hacer sostenible el modelo con su capacidad de pago, más no es claro de que manera el financiamiento que tiene fuente privada se traduce en eficiencia y equidad.

**3.3.4. Lo público no estatal en la regulación contractual de los servicios públicos domiciliarios.** Los artículos 367, 368 y 369 de la C.P definen lo que entendemos por lo público no estatal en la implementación de los servicios públicos. Esta definición se atribuye al conjunto de actores, mecanismos, instancias, procedimientos e instrumentos gestionados para garantizar la participación de la ciudadanía y de toda forma de organización social o comunitaria, que sin perseguir ánimo de lucro, se vincula al control social y a la fiscalización de la gestión, e incluso, que puede participar en la prestación directa del servicio para apoyar a la autoridad municipal, siempre que las condiciones técnicas y financieras así lo permitan (art. 367, 2 -CP). *Lo público no estatal* es el resultado de la democratización social de la administración pública, con fundamento en los principios sobre participación ciudadana y solidaridad. De la



calidad de la participación en la toma de decisiones sobre la planificación e implementación del modelo de gestión y de las condiciones para su concurrencia, depende lo *público no estatal*.

Al respecto hemos identificado que en el ámbito de la regulación la participación es prácticamente nula, pues si bien la Superintendencia conforma las Comisiones de Regulación, esta integración no representa los intereses de los usuarios en dicha instancia, tampoco como vocero eficaz, pues carece de la opción de voto para las decisiones en dicha instancia de regulación. En el ámbito de la implementación, las reglas para acceder vía contratación a la operación del servicio colocan a las comunidades organizadas en una lamentable posición de desventaja que impiden que puedan acceder en igualdad de oportunidades con los grupos empresariales que persiguen ánimo de lucro, pues precisamente no pueden acreditar el financiamiento mínimo exigido. Lo que hace del modelo un escenario de alta competitividad y baja competencia, en términos de concurrencia. Tampoco se observan escenarios debidamente regulados para promover la formación de nuevas capacidades empresariales o formas asociativas para que hacia futuro se disponga de alternativas de operación de los servicios públicos diferentes a la concesión o transferencia de la operación, caso de ejemplo, las organizaciones de reciclaje, en materia de ase.

Ahora bien, acorde con las definiciones del capítulo primero de este trabajo, podemos explicar que lo *público estatal* está relacionado a lo que hemos entendido por lo *público no estatal*; en la medida que las competencias sobre control, supervisión y regulación, propias de la función estatal, así lo permitan. En efecto, acorde con la definición normativa, el control que ejercen las autoridades estatales sobre la operación del servicio público a cargo de los particulares, tiene razón de ser en la protección y preservación del interés colectivo de los usuarios, así como en la protección del patrimonio público para lograr su adecuada administración al logro de condiciones de equidad: provisión de bienes y servicios

en condiciones de calidad, cobertura y *eficiencia distributiva*<sup>89</sup>. Esta es la función primordial del estado que delega en la Superintendencia de Servicios Público la potestad de inspección y vigilancia sobre los prestados del servicio y sobre las autoridades públicas de planificación y coordinación e interventoría de la gestión. La Superintendencia debe dinamizar su capacidad de intervención y no limitarse a ser centro de acopio de quejas y reclamos por parte de los usuarios. Lo mismo se predica del control que debe ser integral en atención a los presupuestos de coordinación interinstitucional; así se esperaría una articulación entre las instancias de vigilancia y protección de los usuarios, pero además de verificación o monitoreo de las condiciones de gestión del servicio, en aspectos financieros, jurídicos, técnicos, administrativos y sobre los efectos de orden social y ambiental, principalmente.

Finalmente, en lo que refiere al control social, existe un marco jurídico constitucional que ofrece un amplio margen de acción a la participación social y comunitaria en materia de servicios públicos (liga de usuarios y consumidores; estatutos especiales de protección a los derechos de los usuarios; veedurías ciudadanas; competencias en el nivel de decisión); de forma específica, la ley 142 e 1994 crea los comités de desarrollo y control social que tienen una función de vigilancia y fiscalización sobre las empresas de servicios públicos, pero este no es el único mecanismo, la ley contempla una variedad de formas e instancias para la promoción de la participación social desde lo local, un ejemplo de ello son las juntas de acción comunal que de forma reciente han tenido un reconocimiento al ser adoptado el CONPES comunal. Lo que corresponde al estado, en términos de lo *público no estatal*, es promover la formación de capacidades organizacionales y generar incentivos para la participación eficiente de la ciudadanía organizada en el sector de los servicios públicos, mediante la coordinación de sus acciones en relación con las actividades de las demás instancias de intervención y decisión estatal en los ámbitos de regulación e implementación (planeación, coordinación,

---

<sup>89</sup> En el concepto de Joseph Stiglitz.

control, vigilancia y evaluación). Este es el primer paso hacia el fortalecimiento de una institucionalidad concebida desde lo público y sustentada en principios y valores colectivos que ordenan lo social, de ahí que como lo afirma el profesor Leopoldo Múnera, definir lo público significa reconocer el valor de lo colectivo como aquel espacio de formación objetiva de comunidades plurales en lo jurídico y lo político<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> Para el profesor Múnera, lo público está claramente diferenciado de lo privado, cuando: "Mientras lo privado implica la existencia de actores sociales colectivos articulados alrededor de fines particulares, mediante criterios de selección determinados por intereses que no pretenden ser comunes al conjunto de la sociedad (económicos, religiosos, políticos o culturales), lo público requiere de la formación de actores colectivos mediante criterios de selección generales, orientados a la búsqueda de un interés común al conjunto de la sociedad y sometidos a un control de la colectividad. Por tal razón, la administración de los bienes públicos por parte de asociaciones con acceso restringido tiende a inclinar la balanza hacia la privatización de la vida colectiva (...) Lo público entraña la articulación de lo diverso en un espacio común. Por el contrario, la tendencia a la homogeneización de los actores sociales, a la imposición de identidades y pertenencias particulares, propia de las formas totalitarias de ejercicio del poder, implican sustitución de lo público por lo privado. El pluralismo garantiza que un actor particular no se imponga sobre los otros y les niegue su propia identidad o su sentido de pertenencia a colectividades que no están bajo su hegemonía (...)"En la Tragedia de lo público, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

## **4. APROXIMACIÓN A LA CARACTERIZACIÓN DEL MODELO CONTRACTUAL EN ASEO Y SANEAMIENTO BÁSICO EN BOGOTÁ: LA OPERACIÓN DEL RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA (RSDJ)**

### **4.1 GENERALIDADES DEL MODELO DE GESTIÓN**

Acorde con la definición contenida en la ley 142 de 1994<sup>91</sup>, el servicio de aseo y saneamiento en Bogotá integra tres componentes de actividad, a saber: a) Recolección, barrido y limpieza; b) Reciclaje y aprovechamiento de residuos (desde 2008); c) disposición final en Relleno sanitario.

Por definición normativa, la administración del servicio de aseo y saneamiento en los tres componentes, en lo atinente a su planeación, coordinación, control y supervisión, esta a cargo de entidades distritales creadas especialmente para cumplir con estas funciones. De la definición se excluye lo estatal en la operación del servicio y a cambio se incorpora la función de coordinación y preservación del mismo<sup>92</sup>. La definición es adoptada en el año 1994 con ocasión de la creación de la UESP - UAESP<sup>93</sup> y en el marco de la Ley 142 de 1994, pues con anterioridad (1958 a 1994 - EDIS), desde lo estatal se asumía expresamente la responsabilidad en la prestación, independiente de la concurrencia de operadores privados<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> La Ley 142 de 1994, en el artículo 14.24, define por servicio público domiciliario de aseo: el servicio e recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos. Es actividad principal de servicio domiciliario, la recolección de residuos sólidos. Son servicio público no domiciliario, las actividades complementarias de transporte, aprovechamiento, tratamiento y disposición de residuos sólidos.

<sup>92</sup> Decreto 782 de 1994.

<sup>93</sup> En virtud del Acuerdo 257 de 2006. Sobre las funciones de la UAESP, ver el Informe de gestión y resultados a 30 de junio de 2009. Unidad Administrativa de Servicios Públicos – UAESP.2009.

<sup>94</sup> A partir de 1988, la gestión se comienza a implementar mediante contrato con operador privado. Fue LIME en 1988 el primer operador privado que se vincula a la gestión con un 40% de cobertura en la ciudad, estrategia que adopta el Distrito como medida de mitigación de la emergencia sanitaria, época para la cual ya se demandaba por parte del gobierno nacional medidas de privatización ante la imposibilidad de seguir sosteniendo el modelo estatal; se atribuyeron fallas en el servicio: incapacidad organizacional, técnica y financiera, además de carencia de infraestructura para atender la creciente producción de basuras por el aumento en la densidad sociodemográfica de la ciudad. incremento de la producción. En 1993 se vinculan Ciudad Limpia y Aseo Capital que junto con LIME, asumen el 60% de cobertura en el servicio. Para 1994 y desde entonces hasta 2010, estos tres operadores, sumados a Corpoaseo, Aseo total, ATESA, Rescatar, asumen el 100% de cobertura.

Esta primera característica trasciende lo técnico, pues de la definición depende precisamente el concepto sobre lo público y el rol estatal. Al respecto y luego de valorado el proceso de contratación del servicio en Bogotá, se puede concluir que el Distrito no interviene de forma eficaz ni en la planeación, ni en el seguimiento y control de la operación del servicio; tampoco los años (17) de experiencia en la administración de contratos de operación tanto en los servicios de barrido, limpieza y recolección, como en los de tratamiento y disposición final de residuos sólidos, han generado una capacidad instalada en término de infraestructura institucional – en términos de la definición de Douglas North-, que le permitan ejercer como verdadero director y regulador del modelo de gestión y en consecuencia, de los contratos que se suscriben para su implementación. El modelo no ha brindado las herramientas para que desde lo público estatal se defina el modelo más adecuado para la Operación del Relleno acorde con los estándares de calidad que a nivel internacional se establecen para el efecto. Distrito, desde el año 1988 continúa gestionando el modelo a cuenta y riesgo de los operadores contratistas, de los interventores contratistas y de los diseños de los contratistas, sin que exista concordancia entre unos y otros, en término de lo adecuado como plan de mediano y largo plazo, para efectos de administrar medios públicos al servicio de fines públicos. En efecto, al revisar los contratos (ver 3.3.3.) caso concreto de la operación del Relleno sanitario, se evidencia el permanente cambio de planes para decidir sobre los terrenos, su diseño y su adecuación técnica, inclusive a hoy, no existe claridad sobre las estrategias para dar aplicación a los objetivos de un plan maestro para el manejo de residuos sólidos, tampoco una evaluación estatal sobre los efectos ambientales de la actual operación y los daños a la población que reside en zonas aledañas al terreno de operación. A hoy no hay certeza sobre el terreno en el que se dispondrán los residuos en un futuro próximo, la zona actual de operación tiene altos índice de almacenamiento y seguir operando significa un riesgo de deslizamientos.

Un segundo elemento, la falta de coordinación, articulación y comunicación en “ambiente sano” entre las autoridades de gestión estatal y las entidades de control a la gestión. Ante las debilidades en el seguimiento y control atribuibles al distrito (UAESP), los órganos de control intervienen con fines de juzgamiento o fiscalización. Por su parte, solo se asumen acciones correctivas y no de mejora preventiva, pues los planes a propósito de los hallazgos o denuncias de los órganos de control (Concejo de Bogotá, Contraloría Distrital, CGR, CAR) y estos a la vez, han actuado por las quejas de los usuarios del servicio y de las comunidades afectadas por los impactos negativos al ambiente, por vía de acciones de cumplimiento, colectivas o de tutela. En consecuencia no hay comunicación eficaz y coordinada en atención a un plan de objetivos institucionales. El distrito antes que un actor dinamizador tiene una posición defensiva o reactiva, a modo de ejemplo el debate de control político que ejerce el consejo de Bogotá a la directora de la UAESP en 2010, que lleva a la sanción disciplinaria de destitución en el 2011 imputada por la Procuraduría General de la Nación, ante los fallos en el trámite de la Licitación de adjudicación del sistema integral del relleno, año 2010.

El tercer aspecto, ante la falta de competencia estatal, las reglas de la operación son fijadas con ocasión de la suscripción de los contratos de operación, y previa concertación con los contratistas. Incluso se han presentado situaciones en las que con aval distrital (CAR), se cambian las condiciones técnicas por fuera de las estipulaciones del contrato y con posterioridad a ello. Caso concreto Prosantana, que se analizará más adelante. Como este caso, son los operadores contratistas los que fijan la regulación. Además, si no hay seguridad o certeza en las reglas o en los titulares de las mismas, no hay información confiable, que suma un fallo adicional: baja confianza e incentivo con su correspondiente de limitada competencia y con ello, mayor riesgo de captura con fines de lucro privado. Se afirma la existencia de un modelo de captura y subordinación de lo público en

manos de lo privado; restricciones típicas en los modelos de gestión tendientes a la privatización, en términos de Omar Guerrero (ver 2.4)

Un cuarto elemento, refiere a la inobservancia de los criterios de eficiencia y equidad para la gestión del modelo contractual, específicamente a causa del desconocimiento del principio de libre competencia en términos de incentivo a la concurrencia de todas las formas de asociación pública y privada, con o sin ánimo de lucro, para acceder a los beneficios que derivan del modelo contractual (rentabilidad económica - financiera y social). Con referencia a la operación del relleno, pero además a la de recolección, barrido y limpieza se advierte condiciones de exclusión al momento de fijar las reglas del contrato a licitar. En el diseño o planificación del modelo solamente se ha considerado al posible operador que acredite una determinada experiencia en el manejo de los servicios y una capacidad financiera que solo posibilitaría el acceso a empresas con capacidad financiera internacional. En principio, las condiciones técnicas del servicio justificarían las limitaciones para la selección del operador. El asunto se cuestiona en la medida que en más de 17 años y con el fundamento normativo existente, no se haya implementado mecanismos para mitigar el riesgo de la no concurrencia. Por ejemplo, de qué manera se promueve e incentiva técnica y financieramente la formación de organizaciones sociales o cualquiera otra modalidad de asociación público – privada para hacer participativa la gestión y generar condiciones de capacidad instalada a largo plazo. Aspecto que tiene sentido si se observa que tres de los consorcios operadores de las 6 zonas actuales, llevan más de 17 años operando en la misma ciudad y bajo las mismas condiciones técnicas. Refiero a LIME (1988 – abril 2011); Ciudad Limpia y Aseo Capital (1993 – abril 2011); Prosantana (2000 – 2009), por citar los ejemplos relevantes. Aquí conviene recordar a Mark Moore: *Cuál es el valor público y social agregado con el modelo de contratación?*. Solo hasta el año 2011, con ocasión de la Licitación 02 de abril/11, adjudicada para barrido y limpieza se establece una estrategia para que organizaciones de recicladores (12 participan) ingresen en un

esquema de asociación de segundo nivel con el operador del servicio. De esta manera, se afirma que el modelo no desarrolla mecanismos de promoción de lo público no estatal, en los términos de la definición conceptual que hemos abordado para este trabajo, (ver 1.4).

El quinto elemento, también referido a la eficiencia y equidad: el mantenimiento de fondos de rentabilidad financiera, aspecto que ha sido denunciado por el Concejo de Bogotá y por la CGR en el año 2011, pues carece de explicación que el distrito conserve fondos de rentabilidad sin que exista un plan de redistribución de las ganancias en lo social, como ordena la constitución y la ley y que sea el usuario quien siga asumiendo el sobre costo a la tarifa de aseo, con el perjuicio de su bolsillo, cuando el negocio es rentable. Ello muestra que el ciudadano en este modelo contractual, ni siquiera tiene acceso a los beneficios de la rentabilidad. En el mercado, el cliente de un servicio privado si se favorece indirectamente del mejor precio. En el modelo de servicios públicos, siendo el bien de interés público dispuesto al bien público, no es posible beneficiarse de la mayor rentabilidad financiera, aspecto de contradicción del modelo, acusada a fallos en la gestión estatal. Así, se afirma la inconsistencia entre los objetivos del modelo en la teoría y su aplicación a la práctica pública: a mayor renta y menor inversión = mayor ganancia. Se advierte que si hay ganancias, nos lo ha hecho conocer los órganos de control y la prensa. Por qué el Distrito no tiene canales para esta información a los ciudadanos. La pregunta necesaria: ¿Para quién o quiénes son las ganancias? ¿Quién controla las ganancias? ¿Cuándo serían redistribuidas las ganancias y con qué mecanismos? Otra pregunta: ¿cómo se evalúa la decisión de inversión en atención a la medición de los resultados financieros?. Cuestiones que dan lugar a otras tantas investigaciones sobre el tema.

Déficit de capacidad en lo público estatal y no público no estatal para controlar los bienes públicos en manos privadas; contratación de operadores con un modelo restrictivo de la libre competencia y concurrencia en condiciones de igualdad de



oportunidad, modelo con empresas arraigadas por más de 17 años por vía contractual; son los rasgos característicos del modelo de contratación del servicio público de aseo y saneamiento básico en Bogotá, una vez revisados los conceptos y aplicados a la práctica contractual, labor que se realiza a modo de aproximación. Afirmando estos argumentos, se refiere la descripción de la Operación del Relleno Sanitario Doña Juana en el numeral que sigue.

## **4.2 CARACTERIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN EN LA OPERACIÓN DEL RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA (RSDJ) EN BOGOTÁ**

**4.2.1 Descripción de la Operación del Relleno Sanitario.** El terreno donde opera el relleno sanitario Doña Juana (RSDJ) es propiedad de la ciudad de Bogotá y es la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP), entidad pública adscrita a la Secretaría Distrital del Hábitat, la encargada de coordinar, controlar y supervisar su administración.

El RSDJ está ubicado al sur de la ciudad, en la zona rural del Distrito Capital de Bogotá, en terrenos de la vereda “Mochuelo Bajo” del municipio anexo de Usme, a 4,5 kilómetros de la zona urbana. El área total del Relleno alcanza las 456 hectáreas, donde el 40% es utilizado como relleno; está conformado por una área de disposición de residuos, distribuido en ocho zonas, la zona VIII (actualmente en operación) inició actividades desde junio de 2002, cuenta con una superficie de 41 hectáreas y capacidad para 9.3 millones de toneladas y una vida útil restante de 19 meses. Además de las actividades de tratamiento y disposición de residuos, resultado de la operación del relleno se han derivado actividades para tratamiento de gases y lixiviados, objeto de contratación con empresas privadas<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> - Para mayo del año 2010, la Operación del relleno sanitario dispone de un terreno de 592 hectáreas de las cuales solo un 35% (190 ht) son objeto de mantenimiento. No obstante, esta actividad es una verdadera oportunidad de negocio en el mercado y así se ha concebido para el caso de Bogotá, al punto que la administración haya sido transferida mediante contratos a empresas privadas. Se afirma la oportunidad de negocio en la medida que del tratamiento y disposición de los residuos sólidos se han derivado otras

El RSDJ ha tenido varias zonas de funcionamiento desde el inicio de sus operaciones tal y como se relacionan a continuación<sup>96</sup>:

- ZONA I (antigua): Recibió residuos desde septiembre de 1988 hasta septiembre de 1993. Actualmente está clausurada y tiene prado sembrado.
- ZONA I (caja 7): Estuvo activa entre septiembre de 1993 y febrero de 1995 y funcionó según el diseño original. Tal diseño no incluyó tratamiento de lixiviados ni manejo de residuos peligrosos. Con relación al manejo de gases, fueron construidas chimeneas en piedra en todos los niveles de basura. En la actualidad está clausurada y tiene prado sembrado.
- ZONA MANSIÓN: Tuvo funcionamiento entre febrero y octubre de 1995 y contó con un sistema de extracción forzada de gases. Actualmente está clausurada y tiene prado sembrado.
- ZONA II: Operó desde octubre de 1995 hasta el 27 de septiembre de 1997, cuando colapsaron aproximadamente un millón de toneladas de residuos de los tres millones que se habían dispuesto. A esta zona se le había calculado una vida útil entre 4 y 5 años; sin embargo, operó tan solo por año y medio. El manejo de los lixiviados<sup>97</sup> se realizaba por recirculación dentro de la masa de basura; por lo cual, el sistema dependía del buen funcionamiento del sistema de drenaje, el cual mantenía el equilibrio entre la cantidad de líquido que entraba y que salía. El sistema falló, y se generó un incremento considerable de la presión de líquidos y gases en los poros de los desechos, produciendo cambios en las características del material generando a su vez inestabilidad y posterior derrumbe de la celda, lo cual represó el río Tunjuelito. En razón a estos hechos, la atención de la emergencia implicó el monitoreo de la

---

actividades que también han sido objeto de gestión empresarial privada, como es el caso del tratamiento de lixiviados y el tratamiento de los Gases, que para el año 2010 estaba a cargo de la empresa Biogas Doña Juana S.A. E.S.P.

<sup>96</sup> UAESP Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, Bogotá D.C. [www.uesp.gov.co](http://www.uesp.gov.co)

<sup>97</sup> líquido comúnmente hallado o asociado a rellenos sanitarios, producido como resultado de las lluvias por el paso lento de las mismas a través de materiales porosos de los desechos sólidos y reaccionando con los productos de descomposición, químicos, y otros compuestos.

estabilidad de la zona rellena y de la zona deslizada; monitoreo de aguas superficiales; monitoreo de gases que generan olores; monitoreo de gas metano; monitoreo de elementos radioactivos; atención de consultas a la comunidad y atención del orden público. La firma SCS Engineers diseñó y puso en funcionamiento una nueva zona, la Zona IV. El diseño contemplaba el manejo de lixiviados a partir de recirculación y el manejo de gases con chimeneas de PVC en todos los niveles de desechos. A la fecha, la zona en mención se encuentra organizada en tres áreas: Área 1 – restaurada, clausurada y re-vegetalizada; Área 2 y 3 - dispuestas con parte de residuos comprometidos en el colapso, clausuradas, re-vegetalizadas y con un sistema de extracción forzada de gases.

- ZONA III: Al momento de su iniciación, ésta zona se planeó para operar el relleno sanitario de Seguridad de los desechos peligrosos; sin embargo, su utilización se orientó hacia la disposición de residuos convencionales y se agregó a la Zona II.
- ZONA IV: Operó entre el 28 de septiembre de 1997 y enero de 1999. Dicha Área fue usada como zona de emergencia cuando ocurrió el deslizamiento en la Zona II. Actualmente está cerrada y re-vegetalizada.
- ZONA V: Área no utilizada para la disposición final de residuos donde se construyó la Planta de Tratamiento de Lixiviados.
- ZONA VI: adecuada como zona de emergencia y con vida útil calculada en 1 mes.
- ZONA VII: Operó entre enero de 1999 a septiembre de 2002, contando con capacidad superior a los 3 millones de toneladas de residuos sólidos.
- ZONA VIII: Inició su operación en el mes de marzo de 2002, calculando su vida útil de 4 años. Para efectos de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de disposición final el operador del RS adelantó los Estudios de Impacto Ambiental con base en los términos de referencia entregados por la Corporación Autónoma Regional-CAR, y procedió a realizar el diseño detallado para la nueva zona de disposición final de residuo.

- ZONA DE DISPOSICIÓN DE RESIDUOS HOSPITALARIOS: Viene operando desde julio de 1988 y está conformada por tres trincheras.
- CELDA DE DISPOSICIÓN DE LODOS PRODUCIDOS POR LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS: se creó para la disposición final técnica de lodos a partir de Octubre de 2002.

**4.2.2 Del modelo contractual, en concreto.** La operación del Relleno Sanitario Doña Juana (RSDJ), responde a las características de un modelo de gestión contractual de servicio público, en actividades de aprovechamiento, tratamiento y disposición final de residuos sólidos, que son de tipo complementario al servicios de aseo y saneamiento en Bogotá. Procedemos a una revisión general de las relaciones contractuales que desde el año 1984 a 2010, se han suscrito entre el distrito y los operadores privados, para identificar algunos rasgos que nos permitirán caracterizar la “dimensión” de lo público y lo privado y elementos de valoración de la capacidad estatal y déficit del modelo en lo social.

Son constantes del modelo de contratación, las siguientes características: a) La adjudicación por concesión, salvo un caso –Aguas de Bogotá – contratación directa e interadministrativa; b) financiamiento público asegurado; c) Fecha inicial de adjudicación: 5 años, que se ha prorrogado, incluso por 4 años más. d) La terminación de los contratos generalmente ha estado acompañada de debate público, denuncias de ciudadanía y de órganos de control, emergencias sanitarias; en la generalidad de los casos, le asignan responsabilidad al distrito (UAESP). e) No hay coordinación entre la UAESP y la CAR (deficiencia del modelo en el aspecto ambiental)<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Para mayor información sobre la caracterización de los contratos suscritos entre 1999 y 2010, se elabora un cuadro en el que se identifica el objeto de cada contrato suscrito, periodo de ejecución, valor de la inversión pública programada, contraprestación al operador, condiciones de intervención pública en caso de incumplimiento (cláusulas exorbitantes), estas que son de obligatoria incorporación a partir de la ley 689 de 2001. Además de la caracterización del operador privado contratista. Anexo No. 1.

a) *Primera etapa 1984 – 1994: Déficit ambiental e incapacidad pública y privada para regular el diseño y la operación del Relleno Sanitario:* La Corporación Autónoma Regional-CAR, en el año de 1984, contrató un estudio con la firma colombo-americana INGESAM-URS, para ubicar y diseñar un Relleno Sanitario para la disposición final de las basuras del Distrito Capital<sup>99</sup>. En un primer momento, se dispuso de un sitio ubicado en la parte alta de la Vereda El Mochuelo al margen de la vía a Pasquilla, terrenos que finalmente no fueron utilizados por el distrito ante la perspectiva de futura urbanización y altos costos para la compra de los terrenos. Se hace necesaria una segunda alternativa con la que luego de estudios nuevamente contratados por la CAR, llevan a la EDIS a adquirir y disponer de los residuos sólidos en un terreno ubicado en la vereda de Mochuelo Bajo, entre 2.715 y 2.800 metros sobre el nivel del mar, en una zona perteneciente a la cuenca superior del río Bogotá, fuente del río Tunjuelito y las quebradas del Fucha, Yomasa, El Chuscal, Yerbabuena, El Botello, Olla del Ramo y Terreros<sup>100</sup>. Si bien existen estudios para el diseño y adecuación de los terrenos contratados a firmas externas a la CAR, para este primer periodo de disposición de los residuos, el principal problema radicó en los riesgos de tipo ambiental y los efectos negativos derivados de la falta de recursos financieros y de capacidad técnica para el manejo de lixiviados. Ya para el año 1988, previos estudios técnicos contratados a firmas privadas, la EDIS operaba un terreno de 450 hectáreas en las que disponía de todos los residuos sólidos domésticos, comerciales, institucionales, de barrido de calles y áreas públicas e industriales producidos en el área urbana de Bogotá. La operación consistía en la conformación de celdas con la basura del día, tapadas con material de cobertura

---

<sup>99</sup> Hidroestudios S.A. *"Interventoría integral para la operación técnica, administrativa y ambiental del relleno Sanitario Doña Juana y para las obras de recuperación de la Zona II-AREA 1"*. Informe Mensual. Alcaldía Mayor Santa Fe de Bogotá. Unidad de Ejecutiva de Servicios Públicos - UESP. Octubre 01 a Octubre 31 de 1988. Bogotá, Colombia. Pg. 2. En el año de 1980, existían dos Botaderos de basura en Bogotá. El Botadero del Cortijo, ubicado al noroccidente de la Ciudad, sobre la margen derecha de la autopista Medellín, y el Gibraltar (Sector de Patio Bonito) que se inauguró en 1979 como un Relleno Sanitario, para luego terminar siendo un Botadero. En 1984 la Administración Distrital cerró el Botadero del Cortijo porque ya había llegado al tope las basuras, y en 1988 el de Gibraltar. Este último fue cerrado por la precaria zona la cual no estaba físicamente en "condiciones técnicas ni de capacidad para continuar alojando desechos".

<sup>100</sup> En ese momento Empresa de Servicios Públicos de Bogotá-EDIS, la cual es suprimida en el año de 1993, mediante el Acuerdo 41 de 1993 del Concejo de Bogotá. Posteriormente se creó con el Decreto Distrital 782 de 1994 la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos - UESP.

explotado en la misma zona; los lixiviados eran circulados hacia el río Tunjuelito<sup>101</sup>, sin existir por parte de la EDIS del operador privado, un plan de manejo ambiental; solo hasta ese momento y ante los daños ambientales producidos, la CAR exigió al Distrito la remoción de sustancias contaminantes. Otro aspecto que revela la ausencia de capacidad técnica estatal fue la modalidad de pago con la firma privada, cuyo parámetro fue la hora- máquina / hora-hombre; ya para el año 1992 el criterio que fijó el pago de operación fue el de la tonelada dispuesta. Durante este primer periodo, la operación del Relleno vinculó por contrato la operación privada, a cargo de la firma Prosantana LTDA. La contratación se otorga en el año 1989 por contratación estatal bajo la modalidad de licitación. El contrato de operación inicio 1o de octubre de 1989 y fijó como fecha de terminación el mes de septiembre del año 1994.

De manera adicional al contrato ya existente, y toda vez que el problema del manejo de los lixiviados no podía ser atribuido al operador Prosantana, al no estar estipulado este concepto de manera expresa en el contrato suscrito, aspecto que evidencia por lo menos tres fallas desde lo estatal y que puedo sintetizar así: a) Incapacidad tanto de las autoridades públicas como del operador privado acreditada al momento de suscribir el contrato. En efecto, el problema de los lixiviados era totalmente previsible como acción derivada del almacenamiento de residuos sólidos, el hecho debió advertirse por el operador para su previsión por parte de la EDIS; b) el desconocimiento sobre los componentes técnicos requeridos para la operación de un relleno sanitario es atribuible tanto a la EDIS como a la CAR y demás instancias de control, lo que se evidencia en la no planeación de la actividad y en la previsión de los efectos ambientales de mediano y largo plazo, genera fallas en la información al momento de planificar el proyecto y promover el proceso e contratación, aspecto a contemplar en el diseño del pliego de condiciones, que se sirve además, de estudios previos de factibilidad, los cuales resultaron inadecuados, pues ninguno de los tres estudios técnicos

---

<sup>101</sup> Óp. Cit. Hidroestudios S.A pág 3.

contratados por la CAR entre los años 1984 y 1988, señalaron los problemas del método de disposición de basuras y el sistema para el tratamiento de los lixiviados. c) Tampoco incidió para efectos de contratación, la planificación de estudios previos sobre la factibilidad de la operación del relleno y el impacto en la población de la zona aledaña, en cuanto a la eventual afectación de sus condiciones de salud e higiene ambiental. d) Un tercer aspecto, además de los costos ambientales, los de orden administrativo y financiero, en los que se implica el Distrito ante los errores en la operación del Relleno (costos derivados del modelo de contratación).

La falta de rigor en los estudios previos que sustenta la operación del relleno y orientan la selección del perfil a contratar imponen a la EDIS, en el año 1993, una contratación complementaria: el diseño y optimización del Relleno con la firma Hidromecánicas LTDA, para atender la mejora de fuentes subterráneas de agua y el tratamiento de lixiviados, mediante el cambio del sistema de filtro de piedra por uno de “recirculación”. En los estudios de la firma se contempló también la impermeabilización del suelo del relleno para que el lixiviado producido no contaminara las fuentes de agua subterráneas<sup>102</sup>. Por destacar del cambio en el sistema de operación, el hecho de que la decisión no provino de una autoridad o instancia distrital como podría haber sido la CAR, por aquello de su competencia en el tema ambiental; tampoco fue motivada por el operador contratado; el interventor por su parte ha estado ausente en el tema; fue en cambio la comunidad organizada que en ejercicio de una acción popular obligó a las autoridades públicas a tomar una decisión ante los efectos ambientales y de salud pública generados en la operación del Relleno<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Este nuevo sistema de tratamiento fue aprobado por la CAR mediante resoluciones 4187 de 19 de octubre de 1993, el nuevo sistema propuesto de manejo de lixiviados, el cuál fue ratificado, mediante la resolución 5265 del 17 de diciembre de 1993.

<sup>103</sup> “Acción popular N° 25000-23-27-000-2001-00509-01 en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y otros”. Consejo de estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. 21 de febrero de 2007. Bogotá, Colombia. Pg. 20. Este sistema, consiste en que “una vez almacenados los lixiviados, se proceden a verter nuevamente al relleno, con el propósito de obtener las siguientes ventajas en términos generales: “reducción de la materia orgánica de los lixiviados y consecuentemente el costo para el tratamiento de los mismos; reducción de la cantidad de lixiviados por el incremento de la evaporación; aumento en la degradación de la basura por el incremento del contenido del agua de los residuos; suministro y

b) *Segunda etapa 1994 – 2000: Emergencia sanitaria por irregularidades en la ejecución del contrato de operación del Relleno Sanitario – Incapacidad pública para atender la problemática pública.* La Alcaldía Mayor de Bogotá, adjudicó mediante contrato de concesión No. 16 de fecha octubre de 1994, por licitación pública, nuevamente a la firma Prosantana LTDA, la segunda etapa en la operación del Relleno Sanitario. Como soporte de la adjudicación, el distrito ordena adoptar los estudios previamente realizados por la firma Hidromecánicas LTDA, que contienen las especificaciones técnicas que debe asumir la firma contratista. El contrato se adjudica nuevamente por 5 años, previendo su prórroga. Aspecto importante, desde lo público estatal no se evidencia la evaluación del modelo de gestión, no se miden los resultados de la primera etapa de operación con lo que hubiera sido posible determinar los efectos negativos y la incidencia de las fallas de capacidad del operador contratista, aspectos que si se hubieran considerado, posiblemente el contrato no hubiera sido nuevamente adjudicado a esta firma. En efecto, al momento de adjudicar el contrato, peso más en la decisión el hecho que la firma acreditará experiencia por el número de contratos sobre operación de relleno sanitario y no la demostración de capacidad tecnológica para dicha labor acorde con estándares internacionales. Este aspecto que es una constante en los parámetros de adjudicación en el Distrito.

La falta de idoneidad técnica y compromiso contractual de la firma Prosantana LTDA fue denunciado por la opinión pública que denunció el hecho de que la operación no se condicionó a los estudios técnicos aprobados al momento de ser adjudicada la contratación, sino que la firma optó por implementar otras condiciones técnicas, por fuera de los términos contractuales . Y lo más grave, que la CAR avaló dicho cambio. De esta manera no solo se quebrantan los principios

---

distribución de nutrientes y biomasa; y dilución de concentraciones altas localizadas en inhibidores que influyen en la biodegradación dentro del cuerpo de los residuos sólidos.”.



de responsabilidad contractual, sino además, las autoridades públicas terminan siendo capturadas por el operador privado, al punto que es la empresa contratista la que impone las reglas de la operación del servicio, sin que exista capacidad por parte de las autoridades de control estatal para fiscalizar los actos derivados de la ejecución contractual. No obstante, el asunto es resuelto por la administración distrital al justificar que el interés radica en la necesidad de ampliar la vida útil del relleno<sup>104</sup>. Tres años después será el control judicial el que corroboró que la causa del derrumbe de los terrenos dedicados a la operación del relleno, catástrofe en términos ambientales y de afectación incalculable a la salud de la población bogotana, fue debida precisamente al incumplimiento por parte de la firma Prosantana, de dar aplicación a las condiciones técnicas fijadas en el contrato. La pregunta: Cuál fue la sanción y como se reconoció la indemnización por los daños causados al ambiente, a la salud, a tranquilidad e integridad colectiva?<sup>105</sup>. Dedicemos a continuación unos apuntes sobre la emergencia sanitaria del año 1997 y como fue asumido el tratamiento de la problemática.

- *La Emergencia Sanitaria Doña Juana*: El 27 de Septiembre del año de 1997 se presentó un deslizamiento de basura en la Zona 2 del Relleno Sanitario Doña Juana, entre seiscientos mil y un millón de toneladas de desperdicios fueron a dar al río Tunjuelo, lo que para esa época representaba la producción de basuras de medio año, lo que produjo un taponamiento en el cauce del río, así lo informo la prensa en dicho momento<sup>106</sup>. La Administración Distrital, en cabeza del Alcalde Paul Bromberg, expidió el decreto distrital 953 con el que declaró el estado de emergencia sanitaria y la alerta roja en la operación del relleno sanitario Doña Juana, y demás decretos para hacer frente a la emergencia, con la respectiva creación de los comités de emergencia en los términos señalados para el

---

<sup>104</sup> "Los 686 folios del expediente del relleno de Doña Juana" Diario *El Tiempo*. Publicación del 5 de octubre del año de 1997.

<sup>105</sup> "Histórica condena al Distrito por tragedia ambiental en el relleno sanitario Doña Juana". Diario *El Tiempo*. Bogotá. Publicación del 3 de Junio del año 2007.

<sup>106</sup> "Emergencia en el Sur por Derrumbe de Doña Juana". Diario *El Tiempo*. Publicación del 28 de Septiembre del año de 1997

efecto<sup>107</sup>. El objetivo, la atención del desastre y la mitigación de los efectos en los siguientes aspectos: “salud pública, manejo de basuras, control hidráulico, control ambiental y comunidad”<sup>108</sup>.

Producto de estudios geotécnicos y ambientales adelantadas con posterioridad al derrumbe del Relleno, como el caso de la firma Sadat Internacional, Arthur D´Little y la Universidad de los Andes, se afirma como causa del derrumbe, el inadecuado tratamiento en la circulación de lixiviados que generó la porosidad e inestabilidad de los terrenos<sup>109</sup>. El Distrito a través de informes presentados por la dirección de la UESP, señalan como causa principal, las fallas técnicas que datan del año 1990 que no solo se atribuyen al tratamiento de lixiviados, sino además, al incumplimiento por parte del contratista en la aplicación de las condiciones técnicas para la operación del relleno acorde con las exigencias del terreno dispuesto para el efecto. La dirección de la UESP, afirma responsabilidad de la firma “PROSANTANA en cuanto a ubicación del relleno, ejecución de diseños originales, reinyección de lixiviados, no cerramiento oportuno y cambio de altura de las celdas, entre otros aspectos”<sup>110</sup>. El informe distrital es desconcertante pues si en el año 1997 se afirman deficiencias atribuidas a un contratista privado desde el año 1990, eso significa que la principal responsabilidad recae directamente en el Distrito – UESP, la CAR y en las entidades de control a la gestión ambiental y sanitaria en lo distrital, además del control y vigilancia por parte de la Contraloría y la Procuraduría, que no ejercieron las competencias que por mandato constitucional y legal le fueron atribuidas de forma previa a la operación del Relleno Sanitario (mandato constitucional y legal).

---

<sup>107</sup> El Comité técnico estuvo conformado por un delegado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, de la Secretaría Distrital de Salud, Secretaría de Obras Públicas, Departamento Administrativo del Medio Ambiente, Unidad para la Prevención y Atención de Emergencias, un delegado de la Policía Metropolitana y el Alcalde Local”. Artículo 3 del Decreto Distrital 954 de 1997.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> Op. cit. “Acción popular N° 25000-23-27-000-2001-00509-01 en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y otros”. Pág. 19.

<sup>110</sup> “Prosantana sale de doña Juana”. Diario *El Tiempo*. Bogotá. Publicación del 19 de mayo de 1998.

Frente a la emergencia sanitaria, la pregunta necesaria, cuáles fueron las medidas de orden administrativo, fiscal, disciplinario, penal y político (rol del concejo de Bogotá), ejercidas para determinar las consecuencias e impacto de orden ambiental, sanitario y económico que con la emergencia sanitaria fueron causados a los habitantes de la ciudad de Bogotá y de qué manera se responsabilizó al Distrito, a las autoridades que bajo su competencia son las encargadas de preservar lo público desde lo estatal, y de qué manera se sancionó al operador privado y demás contratistas que participaron en la implementación del relleno sanitario. Pero quizás lo más importante, cuáles fueron las medidas de orden administrativo adoptadas para prevenir hacia futuro los efectos del modelo de operación privada, ante el riesgo o amenaza de incumplimiento contractual y desconocimiento del valor público social que de las autoridades estatales se traslada a operadores privados.

Pues bien, solo diez años después, año 2007, a instancias del control judicial, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, condenó “al Distrito y a la firma Prosantana S.A., a indemnizar a cada uno de los 1.238 residentes que, entre el 27 de septiembre y el 31 de diciembre de 1997, sufrieron directamente las consecuencias del desastre”<sup>111</sup>. El fallo halló a las dos partes responsables por los “*perjuicios morales*” causados a los damnificados. Se estipuló en su momento que la indemnización le podría costar al Distrito, más de 1.600 millones de pesos<sup>112</sup>. La decisión judicial en mi concepto resulta insuficiente, más aún cuando el fallo ordena indemnizar por los perjuicios morales, cuando del daño se deriva un perjuicio material que se calcula en los costos por concepto de atender problemas derivados a la salud, además del financiamiento público de este tipo de proyectos que asume cada ciudadano con sus impuestos.

---

<sup>111</sup> “Histórica condena al Distrito por tragedia ambiental en el relleno sanitario Doña Juana”. Diario *El Tiempo*. Bogotá. Publicación del 3 de Junio del año 2007

<sup>112</sup> *Ibidem*.

En lo pertinente al incumplimiento por parte del Contratista, el Tribunal logró determinar que se opero el Relleno con la aplicación de una “técnica experimental”; la falta de experiencia comprobada fue la causa que aceleró la "inestabilidad del suelo", “hubo señales de que algo andaba mal en el relleno, pero él [el Distrito] no ejerció el debido control para prevenir ese desastre que afectó las vidas de miles de bogotanos”<sup>113</sup>, se lee textualmente de la sentencia citada.

- La Unidad Especial de Servicios Públicos - UESP, en el año de 1998, fecha posterior al derrumbe del Relleno Doña Juana, declaró la caducidad del contrato con la firma Prosantana LTDA. Para la continuidad de la operación, el Distrito suscribe el contrato número C-4016 de 25 de junio de 1998 con el Consorcio Operador del Relleno COR, integrado éste por las firmas INECONTE Ltda. y Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A. El objeto del contrato fue determinado de la manera siguiente: “la *operación temporal de contingencia*, de carácter técnico, administrativo, ambiental, sanitario y de mantenimiento del Relleno Sanitario Doña Juana, que comprende las obras de adecuación necesarias para el proceso de disposición final de desechos, la operación de alojamiento técnico de las basuras que ingresen al relleno sanitario, en el lugar precitado y el mantenimiento general en la totalidad del predio del Relleno Sanitario Doña Juana, incluido el diseño, construcción y operación de la celda para la disposición de residuos hospitalarios, así como de todas aquellas actividades inherentes y necesarias para la satisfacción del objeto”<sup>114</sup>.

Se observa así que el Distrito en medio de la confusión institucional generada con la emergencia sanitaria, cuya causa no es otra que la ineficaz ejecución contractual, solo está en condiciones de suscribir un nuevo contrato para procurar el manejo temporal de la situación de crisis. Nuevamente el problema de la gestión

---

<sup>113</sup> “Histórica condena al Distrito por tragedia ambiental en el relleno sanitario Doña Juana”. Diario *El Tiempo*. Bogotá. Publicación del 3 de Junio del año 2007

<sup>114</sup> Óp. Cit. “Acción popular N° 25000-23-27-000-2001-00509-01 en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y otros”. Pág. 21.

pública se entrega a manos privadas. No encontramos evidencia en los estudios e investigaciones de las decisiones del Distrito para coordinar desde lo estatal la planeación de las alternativas de solución con la coordinación de las diferentes entidades vinculadas a la gestión y el control del servicio de saneamiento y tratamiento de residuos sólidos.

También por decisión a instancia judicial, y no por motivación desde la administración distrital, se emprenden acciones para atender la emergencia. El Tribunal de Cundinamarca en providencia de 19 de febrero de 1999, en atención a la acción de cumplimiento promovida por el Contralor Distrital, determinó que toda intervención del Relleno Sanitario debía ser producto de un “previo el análisis y el estudio de propuestas serías que conlleven a implantar un sistema de tratamiento que satisfaga los requerimientos ambientales y técnicos a corto, mediano y largo plazo y sin que este sistema se constituya en un riesgo para la estabilidad misma del relleno sanitario”<sup>115</sup>. Esta decisión judicial da muestra de la preocupación de la Contraloría Distrital que advierte incapacidad por parte del Distrito para planificar y atender las soluciones derivadas de la emergencia sanitaria.

- Atendiendo el requerimiento del Tribunal, el Distrito contrató, bajo la figura de urgencia manifiesta, al Consorcio Hera Holding – Nam Ltda. – Velzea Ltda, para que se encargara del diseño, construcción, operación y mantenimiento de un Sistema de Tratamiento de Lixiviados (STL), por ofrecer “mayor seguridad en cuanto a su funcionalidad y en cuanto a la posibilidad de controlar el arranque de la operación”<sup>116</sup>. Se suscribe el contrato de concesión 4035 de 1999 para “el tratamiento de los lixiviados producidos y que se produzcan en el RSDJ de Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital, por el sistema de concesión, *bajo la entera*

---

<sup>115</sup> “Contratación de la ampliación del sistema de tratamiento de lixiviados”. Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos. Concepto UESP-OAJ 010 de 2006. Junio 09. En:

[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:j\\_BDCE7T9c0J:www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp%3Fi%3D37005+tratamiento+de+lixiviados+do%C3%B1a+Juana+STL&hl=es&gl=co&strip=1](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:j_BDCE7T9c0J:www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp%3Fi%3D37005+tratamiento+de+lixiviados+do%C3%B1a+Juana+STL&hl=es&gl=co&strip=1)

<sup>116</sup> Contrato C-4035 “Contrato de concesión Hera Holding . NAM Ltda. – Velzea Ltda”. Citando el Informe del Grupo Asesor Evaluador Interdisciplinario. 13 de Octubre de 1999. Bogotá, Colombia.

*responsabilidad y riesgo del concesionario*", (negrilla fuera de texto)<sup>117</sup>. Al contrato se incorpora la frase de rigor, que solo denota incapacidad e irresponsabilidad por parte del Distrito que por demás es inaplicable con fundamento en los presupuestos normativos del modelo de gestión de los servicios públicos domiciliarios en nuestro ordenamiento: En efecto, la delegación de toda responsabilidad en la gestión del servicio público domiciliario por vía contractual, no es procedente. Una muestra de técnica contractual que resultaría inaplicable cuando de responder por los asuntos públicos se trata, pues estamos ante la gestión de acciones de aseo y saneamiento, que es un servicio que incorpora un "bien" público, tangible, de interés colectivo, respecto del cual la ciudadanía en general ejercen un derecho de protección especial, cuya responsabilidad en la dirección y prestación no puede ser delegada en particulares. Se trata de un bien público de cuya prestación depende un derecho colectivo que por conexidad afecta derechos fundamentales, y que por tal calidad, no puede ser asumido a la cuenta y riesgo de una firma privada, esto es, un servicio y bien colectivo que no es susceptible de externalización o privatización, en los términos de Alfred Vernis Doménech y Stiglitz.

El Consorcio Hera Holding – Nam Ltda. – Velzea Ltda., a partir del año 1999 y por periodo de 8 años y 3 meses, asumió el tratamiento de los lixiviados producidos y que se llegarán a producir.

Para el cumplimiento del contrato se estimó, con fines fiscales, la inversión por un poco más de \$14.571 millones de pesos. De la información revisada ni del texto del contrato se pudo constatar el costo programado por concepto de contraprestación del servicio. Aspecto que ante la dificultad en el acceso a las fuentes, lo que nos muestra es la imposibilidad que desde lo público no estatal se tiene para conocer de que manera se administran los recursos público,

---

<sup>117</sup> Óp. Cit. "Acción popular N° 25000-23-27-000-2001-00509-01 en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y otros". Pág. 7.

información que por esta misma razón debe ser pública y al acceso para su consulta ciudadana.

*c) Tercera Etapa (2000 – 2010): Se afianza el modelo de contractualización del servicio público, indiferente a los criterios de eficiencia y equidad. Se afirma el Déficit de lo público estatal y lo público no estatal.* En marzo del año 2000 se suscribió el Contrato de Concesión C-011 mediante el cual se vínculo por concesión al Consorcio Proactiva Doña Juana. E.S.P. S.A, a partir de esa fecha y por un término inicial de 5 años, que posteriormente se prorrogó por 4 ocasiones que extendió la duración del contrato a octubre del año 2009. La empresa se encargó de la administración, operación y mantenimiento del relleno sanitario Doña Juana en el cual se disponen los residuos sólidos producidos en Bogotá D.C.

Un primer aspecto por referir es el de las reiteradas prórrogas, tres de las cuales se programan por cortos periodos de meses (2º prórroga de 3 meses; 3º prórroga de 4 meses; 4º prórroga de 18 meses), lo que evidencia falta de planificación en la ejecución de los requerimientos para la ejecución del servicio, ante la carencia precisamente de un plan público de manejo de residuos sólidos que permita fijar las reglas de la implementación o gestión contractual, resultado del cual el Distrito, los operadores y demás actores público estatales y no estatales (ciudadanía) tengan certeza del modelo de gestión. Planificar el servicio como un proyecto de inversión pública de largo plazo, anticiparía los requerimientos y riesgos de la contratación por parte de operadores privados, se podría ejercer el control y la previsión de ajustes técnicos a la operación, tanto por autoridades públicas como por parte de los mismos operadores. La certidumbre la genera la regulación y de ella depende la información, las decisiones y los costos de transacción en los contratos; a menor regulación, menor planeación y por ende, mayor costo administrativo, técnico y financiero, producto de la incertidumbre del modelo.

El segundo aspecto, un operador cuyo contrato de concesión se suscribe por 5 años, es prórroga casi por un tiempo igual, lo que supone que con ocasión de la prórroga el valor del contrato haya sido incrementado por valor superior al 50% del inicialmente pactado. Hecho de indebida contratación, pero que difícilmente puede ser objeto de control y reproche judicial precisamente por la modalidad contractual en la que los actos de ejecución de los recursos destinados a la operación del relleno se gestionan siguiendo parámetros de gestión empresarial privada que no están sometidos al control fiscal.

Tampoco se justifica la decisión de la administración distrital de prorrogar el contrato a un operador privado que por 4 años le son atribuidas sanciones por incumplimiento contractual o por fallas técnicas en la operación del Relleno, como fue objeto de debate público y control político promovido al interior del Concejo de Bogotá expuesto en el año 2009<sup>118</sup>. Para mayor información, se presenta como anexo el registro de las multas y sanciones aplicadas al Operador Proactiva, en el periodo 2007 a 2009, según informe presentado en el debate sobre Licitación al Relleno Doña Juana promovido por el Concejo de Bogotá<sup>119</sup>.

En lo pertinente a la duración del contrato se cuentan 9 años y 10 meses, sin interrupciones. Para el periodo, la inversión pública inicial programada fue de \$84.330.783 millones. La contraprestación por el servicio a favor del operador, se estipulo así: 10.9% por el primer año y pagados a la firma del acta de inicio; \$9.5%, por el segundo al quinto año de la concesión. En este caso, tampoco se pudo disponer de la información sobre los valores de inversión programados con ocasión de las prórrogas, ni la contraprestación estipulada después del 5º año,

---

<sup>118</sup> Al respecto, concejales como Carlos Vicente de Roux argumentan que "A pesar de la ineficiencia y la falta de idoneidad técnica en el manejo del relleno, el contrato con Proactiva se ha prorrogado cuatro veces. La primera prórroga, de marzo de 2005 a septiembre de 2007, fue concebida sobre la base de una interpretación muy discutible de las normas sobre prórrogas contractuales. La segunda prórroga, de 3 meses, se originó en la tardanza de la UAESP en abrir la licitación. Por no contar con la licencia ambiental, dicho proceso licitatorio fue tutelado, mientras se resolvía la tutela se produjo la tercera prórroga por cuatro meses. La última prórroga por 18 meses se originó en el fallo judicial en contra de la UAESP, que la obligó a suspender el proceso licitatorio y a iniciar los trámites para la obtención de la licencia ambiental ante la Corporación Autónoma Regional, CAR, lo cual logró en mayo de 2009."

<sup>119</sup> Archivo del Concejo de Bogotá. Presentación Debate Licitación Doña Juana. El debate fue promovido por Carlos Vicente de Roux, septiembre 11 de 2009.



situación que obedeció a la imposibilidad de acceso a la información ante de la UAESP, no obstante haberla solicitado para los fines académicos de este trabajo.

Ante las críticas y el debate de control público al contrato suscrito con la firma Proactiva, el Distrito inicia trámites para una nueva contratación.

- La Unidad Administrativa de Servicios Públicos – UAESP, mediante el contrato interadministrativo No. 398 de 2009 le otorga a la firma AGUAS DE BOGOTÁ S.A. (filial de la Empresa de Acueducto de Bogotá) la administración, operación y mantenimiento del relleno sanitario, que integra las actividades de disposición final de residuos, con la obligación de que el operador atienda las peticiones de la comunidad de la zona aledaña. El contrato tuvo una duración de 6 meses, periodo para el que se contempló contractualmente la inversión de 17.000 millones de pesos. De la inversión, el operador recibió por concepto de remuneración, el valor equivalente al 8.5% del recaudo total que por concepto de tarifas se recauda en la ciudad, durante el periodo. Como rasgo a destacar, el hecho de que esta empresa no acreditó experiencia en la operación de Rellenos Sanitarios y estuvo encargada de la disposición final de residuos sólidos solo por el tiempo en el que el Distrito gestionó los trámites de licitación para una nueva contratación. Este aspecto es de suma relevancia, pues si el objetivo es resolver una cuestión de trámite administrativa, de técnica y estrategia operativa, lo más sencillo es un contrato directo e interadministrativo. El problema radica en que la figura contractual en nada aporta al análisis sobre la experiencia y capacidad técnica que debe ser demostrada por el operador para justificar la contratación del servicio, capacidad operativa que es requisito ineludible ante las exigencias de la operación técnica de la Relleno, la administración de los medios, los recursos financieros y los objetivos en juego, ameritan un mayor esfuerzo de la administración por planificar la gestión contractual, cuando de ella depende el bien público del saneamiento ambiental y la salud pública de la ciudad, en fin, los derechos de integridad de todo un colectivo de habitantes. Solo hasta ahora, en mi caso particular, me entero del

riesgo a la salud al que estuvo expuesta entre octubre de 2009 y abril de 2010. Esto tampoco parece que sea conocido y controlado por las organizaciones sociales que ejercen veeduría en la ciudad, lo que evidencia un problema mayor: El modelo de gestión ni está abierto a la participación ciudadana.

- Contrato 344 suscrito en el año 2010, con la Unión Temporal Centro de Gerenciamiento de Residuos Sólidos Doña Juana; empresa que está conformada por Estre Ambiental de Brasil (con un 51% de participación) y Genivar Limited Partnership de Canadá (con un 10% de participación); el Grupo Roca (nacional), que acredita experiencia como interventores de contratación en el Relleno Sanitario y la firma USA Global Market, también con sede en Colombia. Al momento de la licitación pública, la firma acredita el manejo de 12 rellenos en Brasil, Argentina y Paraguay, experiencia en el tratamiento de lixiviados en varias plantas canadienses. Al respecto, en lo transcurrido del contrato a cargo de esta firma, se ha hecho la cobertura final de la “Zona 8”, lugar donde antes se hacía la disposición de los residuos y que anteriormente estaba cubierta con plásticos.

En cuanto a la funciones de control, en los último dos años el Concejo de Bogotá ha sido particularmente dinámico en su labor de exigir rendición de cuentas a la dirección de la UAESP, por las fallas denunciadas en el seguimiento a la ostión contractual, los temas de discusión han sido el sobre costos a las tarifas; quejas y reclamos de la comunidad en el tema del tratamiento de los lixiviados en la operación del relleno sanitario; las prórrogas a los contratos sin soporte en estudios de evaluación de impacto del modelo de operación, inaplicación de las sanciones a los operadores y la falta de control sobre los recursos invertidos<sup>120</sup>. Sobre los costos de inversión y la consecuente redistribución de las ganancias, el Concejo de Bogotá con fundamento en estudios hechos por la Contraloría indica que no resulta procedente que el costo de la tarifa implique un sobre costo

---

<sup>120</sup> Concejo de Bogotá, Debate de control político sobre el manejo de residuos sólidos en Bogotá D.C. Sesión plenaria. 9 de abril de 2010.

constante del 5.47% desde el año 2003, destinado a la operación del relleno, cuando ni siquiera los recursos destinados desde años anteriores se han ejecutado y están constituyendo fondos con fines de rentabilidad financiera, decisión administrativa que no se compadece con la crisis socioeconómica de la población, ni con los fines de equidad y racionalidad a los que debe sujetarse la administración de los bienes públicos. Al respecto, el informe de la Contraloría advierte que el fondo de rentabilidad de recursos financieros destinados al sistema de aseo en Bogotá asciende a un monto de 60.850 millones de pesos en el 2010 y ello no es coherente con el sobrecosto que se traslada a los usuarios del servicio

<sup>121</sup>.

### **4.3 LO PÚBLICO SOCIAL EN LA GESTIÓN DEL RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA (RSDJ)**

**4.3.1 Los efectos ambientales y sanitarios de la operación.** El uso de Rellenos Sanitarios para la disposición final de residuos sólidos surge como necesidad de proteger el ambiente y la salud de la sociedad ante su exposición a los residuos y desechos sólidos derivados del consumo individual, mediante alternativas como el enterramiento o disposición final. Pero esta técnica conlleva riesgos de tipo ambiental y sanitario, como es el de la generación de gases y lixiviados que no se han podido controlar en su totalidad, de ahí el modelo incorpore como actividad conexas su tratamiento obligatorio.

Por el impacto ambiental y sanitario, el servicio de aseo y saneamiento en su componente de disposición final de residuos sólidos es de interés público y de altos costos de inversión y mantenimiento, de ahí que las políticas estatales se orienten a vincular al sector empresarial privado con experiencia acreditada en la

---

<sup>121</sup> Debate de control político sobre el manejo de residuos sólidos en Bogotá D.C. Sesión plenaria. 9 de abril de 2010.

operación de Rellenos Sanitarios<sup>122</sup>. Actividad de alto riesgo por la ocurrencia de afecciones en salud entre las poblaciones que habitan las zonas aledañas al Relleno<sup>123</sup>. Así, el riesgo colectiva por la exposición a la operación del Relleno es preocupante en zonas de alto porcentaje de población expuesto, de ahí que la operación siempre deba contemplar un plan de manejo e riesgos en lo ambiental y sanitario y deba ser tratado como un asunto de salud pública, además de un componente esencial del servicio de aseo y saneamiento.

De conformidad con lo dispuesto por la UAESP, el Relleno Sanitario Doña Juana busca dotar a la ciudad de un sistema de disposición adecuado de basuras, implementando un manejo técnico que reemplaza los botaderos, los cuales generaban problemas sanitarios, tales como la contaminación de aguas tanto superficiales como subterráneas. A diferencia de los botaderos a cielo abierto, un relleno sanitario pretende encontrar la correcta disposición de residuos a partir de una compactación y aislamiento en celdas o bloques que se encuentran separados del suelo por una tela que impide la filtración de líquidos y que a su vez son cubiertos con arcilla para aislarlos de otros bloques aledaños.

El relleno sanitario dispuesto por el Distrito de Bogotá, que por más de 15 años ha recibido los desechos de toda la ciudad, con una población promedio de 6'778.691 habitantes, se le calcula una vida útil de 50 años<sup>124</sup>, no obstante la gestión del servicio ha sido objeto de duras críticas en términos de capacidad técnica y operativa y fallas en el control y supervisión, podría afirmarse que una de las principales problemáticas ambientales que preocupan a la ciudad están relacionadas con la deficiente administración de los residuos sólidos, ocasionando distintos problemas geográficos en el entorno donde se ha dispuesto la operación

---

<sup>122</sup> Ministerio del Medio ambiente. Saneamiento y Cierre de Botaderos a Cielo Abierto. Programa de Fortalecimiento Institucional para la Gestión Ambiental Urbana – FIGAU, 2000.

<sup>123</sup> Al respecto, Universidad del Valle en la investigación titulada: "Evaluación del impacto del relleno sanitario Doña Juana en la salud de grupos poblacionales en su área de influencia", afirma la problemática de la forma *"La relación entre contaminantes ambientales y la salud humana es un proceso complejo. Las exposiciones son de dosis bajas y los efectos en salud tienen lugar después de tiempos relativamente largos de exposición, lo cual contribuye a que esta asociación sea difícil de establecer"*

<sup>124</sup> ALFAOMEGA, [En línea].relleno sanitario doña Juana. [www.alfaomegacorp.com](http://www.alfaomegacorp.com)

del Relleno Sanitario. Sobre el particular, el estudio del ingeniero Ricardo Maldonado advierte los tres factores de deterioro ambiental derivados del manejo del relleno sanitario Doña Juana: a) Generación de malos olores por degradación de materia orgánica contenida en los residuos, y los movimientos que se le hacen a la basura deslizada para ser reacomodada. b) Contaminación de aguas superficiales por cercanía de la operación a la quebrada de Hierbabuena y al río Tunjuelito, los cuales según estudios realizados presentan volúmenes significativos de carga orgánica por vertimiento de lixiviados c) Inestabilidad de la zona a raíz de las grietas como producto de las lluvias constantes y la porosidad del terreno, lo que genera deslizamientos<sup>125</sup>.

La problemática ambiental y sanitaria se agudiza ante los hallazgos de la CGR que en informe del año 2010, demuestra que los operadores han incumplido año tras año los objetivos y metas comprometidas en los términos contractuales, sin que el Distrito adopte medidas eficaces para planificar, coordinar y supervisar la administración del Relleno<sup>126</sup>.

Sin embargo, volviendo al tema poblacional hay que justificar que la baja densidad de población que caracterizó la ubicación del Relleno Sanitario Doña Juana en el sector de Ciudad Bolívar viene cambiando desde 1985; recientemente, la Vereda Mochuelo Alto sufrió un proceso de urbanización que según estimaciones, hoy cuenta con aproximadamente 7.400 personas. Éste proceso de urbanización, incluida la extensión creciente del relleno ha ocasionado conflictos entre la población aledaña y las entidades administradoras del Relleno. Hasta el momento la mayoría de los estudios que evidencian el impacto en salud producido por los

---

<sup>125</sup> MALDONADO, Ricardo. Concepto relleno sanitario doña Juana. Ministerio de Medio Ambiente. Bogotá. 1998. Pág. 1.

<sup>126</sup> El informe refiere al balance de la gestión en el período 2001 a 2009, sobre el particular, señala la CGR: "2001-2009, así: "Lo expuesto, constituye motivos de alta preocupación, máxime si se tiene en cuenta que los estudios de capacidad portante del suelo, que fueron la base para la elaboración y consideración del diseño original de la zona VIII del RSDJ, no fueron objeto de profundización y estimación para aplicar a las modificaciones realizadas. Por un lado, se aumentó la carga de residuos dispuestos en el área, conforme a la capacidad de resistencia de su suelo natural, y por otro, se aumentaron los espesores y las alturas de la masa dispuesta, se incrementaron las pendientes de los taludes, situación que sumada a las deficiencias en el proceso de disgregación y homogenización evidenciadas, en conjunto pudieron ser el detonante de la activación de movimientos en masa, tanto de los residuos como del sistema de confinamiento que comprometen el flanco oriental de dicha zona.

rellenos, se han llevado a cabo por petición de los mismos habitantes en su área de influencia; pero, como lo anunció el concejal Carlos Vicente de Roux, son estudios contratados por los mismos operadores del relleno, lo que puede haber introducido sesgos en la medición de los resultados. Además, dichas investigaciones han sido retrospectivas, con falencias en la medición de la exposición, dando lugar a la posibilidad de mala clasificación no diferencial y a la potencial dilución de los efectos en las medidas de asociación.

Estudios realizados por la Universidad del Valle<sup>127</sup> y la Universidad de Antioquia presentan un panorama poco alentador en términos de calidad del agua y del aire para la población aledaña al relleno, con un incremento en afecciones respiratorias tanto en niños como adultos, aumento de enfermedades gastrointestinales, pérdida de peso y talla en niños, incremento en las tasas de cáncer de hígado, leucemia y linfoma, aumento del riesgo de bajo peso al nacer en niños expuestos durante la edad gestacional, muerte neonatal, malformaciones congénitas, irritaciones en piel, nariz y ojos, fatiga, dolores de cabeza, desordenes psicológicos y alergias, entre otros. Sin embargo, en términos generales, los efectos en salud producidos por los contaminantes atmosféricos característicos de rellenos sanitarios se deben establecer de acuerdo al tiempo de exposición a los mismos, como ya se indico atrás.

Diversos estudios han evaluado la relación entre las condiciones del ambiente y la calidad de vida de la población, además de las condiciones de la vivienda, el acceso a servicios de transporte y la seguridad en su espacio habitacional; demostrando así, que para las personas el ambiente se puede convertir en una amenaza para su calidad de vida a través de problemas de contaminación del aire o del agua. Con dicha afección la calidad de vida en general se materializa a partir

---

<sup>127</sup>. Escuela de Salud Pública. Universidad del Valle. Evaluación del impacto del relleno sanitario doña Juana en la salud de grupos poblacionales en su área de influencia. Universidad del Valle. Bogotá. 2006.

de la generación de eventos estresantes y su vínculo con la aparición de problemas somáticos.

De ésta manera, podemos afirmar que el tratamiento de los residuos sólidos en Bogotá representan un problema que merece la atención estatal, por la afectación en la salud de la población expuesta al vertimiento de contaminantes y ambiental, por las restricciones de los terrenos y el inadecuado control en el manejo de la operación. Y cómo lo demuestra el Grupo de Epidemiología y Salud Poblacional de la Universidad del Valle, aunque la cantidad de residuos sólidos que se genera en las zonas urbanas de los países industrializados es mayor que la de los países periféricos, en estos últimos el manejo de las basuras sigue siendo un problema sin resolver.

**4.3.2 El tratamiento público de los efectos ambientales en la operación del RSDJ.** A partir del 2001 se incluye en los planes de desarrollo un objetivo de política ambiental que refiere de manera expresa el manejo de los Residuos Sólidos, condicionado a los criterios del Plan Maestro de productividad y desarrollo sustentable para la ciudad. Dichas actividades serán estrategias para ejercer prioritariamente acciones de control de la contaminación ambiental y manejo de residuos sólidos, incluyendo mecanismos de estímulo, concertación y autogestión para el cumplimiento de las normas.

Para el 2010, el Distrito adopta como instrumentos de gestión, el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos (PGIRS) y el Plan Maestro para el Manejo Integral de Residuos Sólidos PMIRS, cuyo objetivo no es otro que definir y poner en marcha, en coordinación con los organismos distritales conforme a sus competencias, un modelo para la gestión integral de los residuos especiales generados en el Distrito Capital de Bogotá y la Región. Así, a partir de 4 programas: Red Distritales, Bogotá Productiva, Sostenibilidad Urbano-Rural y Sistema Distrital de Información,

se ejecutan en Bogotá seis proyectos dentro del Eje Urbano Regional, que buscan articular los sistemas de información con los procesos de participación ciudadana y control social, reciclaje y manejo de escombros<sup>128</sup>.

En cuanto al manejo del Relleno sanitario, los organismos distritales aseguran que las actividades operativas desarrolladas, de acuerdo al seguimiento y monitoreo que se realiza periódicamente, garantizan el correcto funcionamiento del mismo, sin prever los efectos negativos que aquejan a la comunidad. Esta posición no es compartida por los órganos de control ciudadano ni de control político, que cuestionan la falta de seguimiento por parte del Distrito, adoptando mecanismos que permitan evaluar las condiciones en que viven los pobladores de la zona aledaña al RSDJ. Al respecto, Carlos Vicente de Roux afirma: *“El mal manejo del relleno Sanitario Doña Juana ha terminado afectando la salud de miles de habitantes que viven a tan sólo 500 metros de distancia. Bajos índices de peso y talla en los niños, irritación en las vías respiratorias, enfermedades pulmonares, fatiga, somnolencia, dolor de cabeza, náuseas, vómito, malformaciones congénitas y ciertos tipos de cáncer, son algunas de las consecuencias.”*<sup>129</sup>

Por su parte, los habitantes de la zona aledaña tienen una percepción negativa de la función que ejerce el Distrito. Se quejan del mal manejo que les dan a las basuras y a los líquidos (lixiviados) y gases que estas emiten, además de la poca planeación de las obras del relleno y se lamentan de tener que seguir viviendo en el mismo vecindario de Doña Juana. En este sentido lo refiere un representante de la Asociación de Recicladores de Bogotá en una audiencia convocada por Concejo de Bogotá.

Siendo un tema que merece particular atención, estudios sobre el tema indican que incluso clausurada la operación de un relleno, se pueden medir efectos

---

<sup>128</sup> Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos -UAESP-. Panel Tratamiento de Desechos Caso Bogotá – Colombia. Comisión de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas Decimoctava sesión (CSD-18). Mayo de 2010

<sup>129</sup> El vecindario de doña Juana. Tomado de: <http://carlosvicentederoux.org>.



contaminantes a la salud humana y al ambiente. Si esto es así, que pasa con los efectos en aquellos rellenos cuyos terrenos presentan acumulación y ante el hecho que entidades como la CGR advierten retrasos en los planes del distrito para adquirir nuevos terrenos de operación, existiendo los recursos financieros y las decisiones adoptadas hace ya 10 años. Así lo refiere el Informe que este organismo de control hace del periodo 2001 a 2009. Sobre el tema, la CGR informa que la actual zona de operación está próxima a cumplir su vida útil, en el mismo sentido lo afirman estudios especializados sobre el tema, veamos las razones expuestas: a) capacidad estimada del 25% para disposición de basuras; b) ubicación topográfica inclinada, c) incremento del riesgo para la población que habita a una exposición de 500 metros. d) no haberse autorizado la ampliación del relleno, lo que ha obligado a continuar utilizando la Zona III que es insuficiente por los volúmenes de almacenamiento y ello genera riesgos de deslizamiento. De esta manera lee e interpreta las recomendaciones de la CGR. e) Igualmente, la actual operación desconoce estándares internacionales que exigen de estos proyectos *“infraestructuras ambientalmente amigables, económicamente razonables y socialmente aceptables”*, con el fin de evitar conflictos con la comunidad y permitir de esta manera, que cuando sea requeridas obras de ampliación, la misma comunidad acepte la condición y participe de la decisión<sup>130</sup>.

Compartimos la opinión de varios sectores de la sociedad colombiana que sobre el RSDJ coinciden en señalar como causa primera de la problemática ambiental y también técnica, la falta de experticia para identificar un terreno acorde con las condiciones sanitarias exigidas. En efecto, los terrenos adaptados desde el año 1988 no tuvieron en cuenta las condiciones humanas, socioeconómicas y ambientales de la población que habitaba en dicho momento la zona del relleno; se trata de comunidades que además de tener un estrato socioeconómico bajo, se identifican como población de especial protección por razones étnicas o de

---

<sup>130</sup> Rahardyan B, Matsuto T, Kakuta Y, N de Tanaka. Las preocupaciones de la población y actitud hacia los residuos sólidos. Gestión de residuos 24 (2004)

vulnerabilidad en el entorno social y político de la ciudad. En efecto, en estas zonas la población se identifica por su condición rural, pertenecer a una minoría étnica o por ser desplazados.

La discusión sobre las especificaciones del terreno, además de las condiciones ambientales y topográficas exige concertación en términos de objetivos sociales. Lo que convoca al diálogo interinstitucional (múltiples actores/ múltiples intereses en juego), construir en colectivo una agenda pública con la participación de la comunidad, las diferentes autoridades estatales, los propietarios de terrenos aptos y los concededores de la técnica de operación, estén o no interesados en la operación del relleno.

#### **4.4 ¿LA ACTIVIDAD DEL RECICLAJE COMO SERVICIO PÚBLICO?, LA PROBLEMÁTICA SOCIAL DE LOS RECICLADORES Y LA OPERACIÓN CONTRACTUAL DEL RELLENO SANITARIO**

¿El Reciclaje es una actividad o es una condición humana? Este enunciado, que se rechaza de entrada, resulta oportuno para resumir en pocas palabras el problema en cuestión: El asunto tiene que ver con el concepto que sobre condición humana<sup>131</sup> y calidad de vida queremos que se predique de todo ciudadano y de sus posibilidades para acceder de los beneficios de los bienes públicos.

En efecto, el reciclaje como asunto de problemática pública es pertinente en la medida que nos permita reconocer el lugar que otorga la ciudadanía al concepto de lo público – social en términos de capacidad productiva y económica. Lo que nos planea hasta qué punto el modelo de gestión de los servicios públicos, basado en la contratación de los más expertos y más capaces financiera y técnicamente,

---

<sup>131</sup> En términos del concepto de Hanna Arendt.

nos plantea la discusión sobre la equidad y la dicotomía: inclusión / exclusión, que refiere el problema sobre la competencia para acceder en condiciones de libertad y oportunidad al aprovechamiento de los bienes productivos que ofrece el medio económico público, más aún cuando se trata de actividades productivas respecto de las cuales se predica una función social inherente; así debe ser asumida la actividad del reciclaje si se pretende su incorporación al modelo de servicio público domiciliario de aseo.

Analizado el concepto legal que ha sido incorporado a la gestión de los servicios públicos domiciliarios, la actividad de reciclaje es entendida como recolección selectiva y aprovechamiento de residuos (art. 14.24 Ley 142 de 1994), siendo así, estamos ante un servicio de utilidad pública con carácter esencial, esto es, un servicio público, y no solamente una actividad complementaria a éste, cuya administración debe regirse por los principios normativos respecto de los cuales se predica función social, equidad, eficiencia y libertad de empresa, así como promoción de la organización del sector social (público – privado) productivo y así lo entendió el constituyente de 1991, que solo la competencia para prestar los servicios públicos, señala en su orden: al estado, luego a la **comunidad organizada** y por último a los particulares y no a estos en primer orden<sup>132</sup>.

En este sentido, una agenda pública referida al modelo de recolección y aprovechamiento de los residuos debe contemplar el reciclaje como actividad productiva de alto impacto social, que debidamente organizada puede llegar a constituirse un modelo empresarial por excelencia, de lo contrario, seguirá siendo asumida como un insumo para la producción de las empresas ya constituidas, mano obra accequible y barata – tipo maquila-; respecto de lo cual la misma legislación contempla que el estado deberá promover e incentivar con inversión

---

<sup>132</sup> Con fundamento en los artículos 333 y 365 de la C.P y su consecuente desarrollo en los artículos 3º, 4º, 5º, y 15º, de la ley 142 de 1994, al Estado le corresponde promover, incentivar y garantizar la función social de la empresa y el acceso en marco de la libre competencia, lo que significa impedir toda práctica discriminatoria en la prestación de los servicios. En efecto, señala el constituyente de 1991: "Art. 365, inciso 20 ¡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.

financiera, la constitución de organizaciones sociales productivas<sup>133</sup>. Al respecto, cabe preguntarse, a quién beneficia el actual modelo de reciclaje?: a quién vive de él en condiciones humanas precarias (reciclador) o a quién recauda el producto reciclado (la empresa de servicios públicos) y paga un precio por él.

Finalmente, el distrito ha entendido que la actividad del reciclaje, además de estar incorporada como componente de servicios público de aseo y saneamiento, es una actividad productiva. Si no fuera así, dicha actividad no se hubiera incorporado al modelo contractual, asociado a la noción de aprovechamiento de residuos sólidos. En efecto, la actividad de recolección selectiva de residuos data desde año 2003 y está a cargo de los mismos 4 consorcios (Lime, Aseo capital, Ciudad Limpia y ATESA); según informe de la UAESP la Unión temporal de recicladores que por virtud de un convenio están vinculados a la prestación del servicio de los consorcios prestando la actividad selectiva de recolección de material potencialmente reciclable, acreditan la capacidad para la prestación de este servicio en un porcentaje del 62% frente al 38% en comparación con los consorcios<sup>134</sup>.

Con la claridad de que el reciclaje debe ser una actividad productiva y no una condición humana de exclusión de la sociedad, no entendemos el por qué, la actividad identifica a un sector de la población que sin oportunidades laborales encuentra en la recolección manual y venta de residuos sólidos no orgánicos, una forma de supervivencia, sin distinción de sexo ni edad; son grupos de personas que viven en condiciones de marginalidad y exclusión (por debajo del índice de

---

<sup>133</sup> El artículo 3º de la Ley 142 e 1994, establece como instrumentos de gestión de los servicios públicos domiciliarios los siguientes: "(...) 3.1. Promoción y apoyo a personas que presten los servicios públicos; 3.2. Gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios; (...) 3.5. Organización de sistemas de información, capacitación y asistencia técnica; 3.8 estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos" en el mismo sentido, el artículo 5, numeral 6, "Apoyar con inversiones y demás instrumentos descritos en esta Ley a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la nación para realizar las actividades de su competencia".

<sup>134</sup> Informe de gestión de UAESP, el modelo de Ruta de recolección Selectiva – Reciclaje, tiene una cobertura de 16 de las 20 locales, con casi 700.000 habitantes. El dato promedio de recolección de material potencialmente reciclable es de 225 toneladas por mes. Se informa la vigencia de un convenio asociado a esta operación, con la unión temporal de recicladores ARB, ARAMBIENATL ARUB, que del total de 225 toneladas, recauda el 62%.

pobreza), sin posibilidad de acceso a los servicios de educación y atención básica en salud, expuestos a la inseguridad, el conflicto y la delincuencia de las ciudades. Así se explica al revisar los datos estadísticos existentes.

Según un estudio realizado por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos y el DANE, en Bogotá, hay 3.692 hogares de recicladores, con una población total de 18.506 personas. De este número de personas el 45,8% son recicladores y el 54,2% no son recicladores, pero dependen directamente de dicha actividad. De la población que vive del reciclaje 51,2% son hombres y 48,8% mujeres. El rango donde se agrupa la población recicladora masculina es el de 5 a 17 años con un 20,9%, seguida del rango de 18 a 40 años con un 22,7%. El rango en el que participan en su mayoría las mujeres es el de 18 a 40 años con 22,4%.

Adicionalmente, según estudio del Centro Educativo Nacional de Asesorías Socioeconómicas y Laborales –CENASEL-<sup>135</sup>, en encuesta efectuada a 872 personas. El 89% del aproximado total de la población recicladora percibe menos de un salario mínimo como ingreso mensual. La tasa de analfabetismo para la población recicladora es el 17,3%. La distribución por sexo del analfabetismo indica que 57 de cada 100 analfabetas son mujeres y los 43 restantes son hombres. En cuanto al nivel educativo de esta población el índice es bajo, solo un 58% afirma tener educación básica primaria; un 25% estudios de secundaria; el 17% indica carecer de formación, y un 0.2%, estudios superiores. En relación con el acceso a los servicios de salud, de los 8.479 recicladores que existen en Bogotá, el 64,7% tienen cobertura por algún servicio de salud; el 33,8% carecen de él, y el 1,5% manifiestan que no lo saben o no responden.

Valoradas los datos estadísticos mencionados podríamos indicar que en virtud de la condición del sujeto reciclador, la actividad de reciclaje no es un servicio público

---

<sup>135</sup>Tomado de: <http://cenasel.com/>

el reciclaje es visto en nuestras ciudades como una condición de pobreza y marginalidad, un medio precario e informal y de subsistencia.

**4.4.1 Las formas de organización social en torno al Reciclaje: Asociación Nacional de Recicladores ANR.** La formación de la Asociación Nacional de Recicladores tiene su origen en el primer Encuentro Nacional de Recicladores celebrado en noviembre de 1990, convocado por la Asociación de Recicladores de Bogotá ARB. Luego de un trabajo en el que los recicladores se reunían a contar sus historias y experiencias, expresaron la necesidad de contar con un ente gremial que representara sus intereses, y se dio lugar a la creación de un órgano nacional de los recicladores, eligiendo los primeros líderes provisionales en representación de las regiones de Manizales, Neiva, Bogotá, Ibagué, Villavicencio y Pasto.

Para el año de 1993, la Alcaldía Mayor de Bogotá reconoció a la ANR, su personería jurídica como entidad sin ánimo de lucro de carácter gremial. Posteriormente, encuentra nuevos aliados, como la Red de Solidaridad Social, organismo gubernamental de carácter humanitario; la agencia de cooperación Holandesa Novib, y el Fondo Para la Acción Ambiental, agencia de cooperación dedicada a promover el medio ambiente en Colombia, gracias a los cuales la ANR continúa avanzando, y llegando a miles de recicladores.<sup>136</sup> La ANR ha tenido tres etapas cruciales en su desarrollo, y muy a pesar que los avances son incuestionables, la realidad social y económica de los recicladores presenta un panorama muy lejano de solucionarse, discriminando que menos del 10% de la población total de recicladores en Colombia según censo general participa de la ANR.

---

<sup>136</sup>Ibíd

Las tres etapas de desarrollo son: 1) Proceso de creación y divulgación: entre 1990 y 1993 logrando la personería jurídica y partiendo de un proceso de aprendizaje alrededor de los procesos organizativos. 2) Etapa de reconocimiento: de 1994 a 1998, cuyo proceso abarca la legalización de la entidad y se involucran diferentes municipios, legitimando así las regionales ARCON en la costa Atlántica, ARCESCO en Huila y Caquetá, ARR en los departamentos del Eje Cafetero. Y 3) Etapa de consolidación gremial: donde se asume autonomía total; se obtiene apoyo de la agencia de cooperación Novib, de Holanda, que contemplaba todo un proceso de fortalecimiento institucional, fortalecimiento gremial y consolidación institucional<sup>137</sup>.

De acuerdo a lo anterior, y gracias al apoyo de estas entidades, se ha avanzado en el fortalecimiento de un modelo de gestión organizativa, que de lo nacional llega a lo regional y lo local. Finalmente son los recicladores los únicos que hacen un aprovechamiento de los residuos en la ciudad y que de una u otra forma realizan un aporte único a la mitigación del conflicto, a pesar que según el estimado sólo se recicla el 10% de los residuos.

**4.4.2 Cómo se vinculan las organizaciones de recicladores a la operación del servicio público de aseo y saneamiento.** Ahora bien, resulta pertinente hablar de la participación de los recicladores en el proceso formal de manejo de basuras en la ciudad, siendo una actividad donde en palabras del Concejal José Juan Rodríguez las ganancias de la operación queda en manos de intermediarios grandes, ya lo veíamos al referir los datos del informe de la UAESP, que sin señalarlo expresamente si nos ofrece datos para esta deducción: Los recicladores se convierten en un insumo para la producción de los consorcios, no obstante que son ellos quienes acreditan mayor capacidad técnica, conocimiento y experiencia en el sector. Entonces, una pregunta necesaria: ¿por qué se les califica en un

---

<sup>137</sup> Ibid

esquema de 2º nivel para poder acceder a la licitación de este componente en la operación del servicio de aseo en Bogotá, y cuál es la razón para que el modelo implementado sea aquel en el que la finalidad es que los recicladores se conviertan en accionistas de los operadores ya existentes?<sup>138</sup>

Desde muchos años atrás, la inconformidad por parte de los recicladores ha sido la de no participación en todos los procesos de operación ejecutados, caso particular referidos a la Operación del Relleno Sanitario, lo que ha motivado acciones populares, de grupo y tutela e intervenciones de autoridades de control como la Contraloría, Personería, Concejo, Defensoría y Procuraduría. Adicionalmente se han utilizado otro tipo de mecanismos no judiciales como las mesas de trabajo, comités ciudadanos y asambleas populares.

El manejo de las basuras en la ciudad, es hoy un negocio tan rentable que genera aproximadamente utilidades por más de \$350.000 millones anuales a las empresas privadas que se disputan la recolección y operación del relleno sanitario, el manejo de la planta de lixiviados y gases y la nueva modalidad de negocio en palabras de los concejales: las interventorías. Qué pasa entonces con la participación de las organizaciones sociales que como el caso de los Recicladores exigen intervención en la gestión del servicio y ello que es un mandato constitucional, además, es la forma más adecuada de promover la asociación de lo público y lo privado con menores riesgos para el bienestar general, comparado con la modalidad de los contratos con empresas internacionales.

Este ha sido desde el año 1995 un tema debatido constantemente en el Concejo de Bogotá, mediante actividad normativa y debates de control político (ver Anexo No.2); de allí, se puede entrever la favorabilidad hacia el sector de los

---

<sup>138</sup> Esta referencia, a propósito de la licitación No. 02, adjudicada en abril de 2011, para el servicio de barrido, limpieza y recolección, en la que participan 12 organizaciones de recicladores, para que luego de un proceso ingresen como "accionistas" de los consorcios. Dato suministrado en portal web UAESP: [www.uaesp.gov.co](http://www.uaesp.gov.co)



recicladores propiciando y exigiendo la inclusión de los mismos en las actividades de la operación del relleno.

Sólo después de múltiples esfuerzos con ocasión de las denuncias por la adjudicación de la licitación del año 2010 y mediante auto 268, del 30 de julio de 2010, la Corte Constitucional declara el incumplimiento de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP), pronunciándose en defensa del derecho de los recicladores de oficio a ser incluidos, de forma adecuada, en la licitación del Relleno Sanitario Doña Juana. Lo anterior, por cuanto La Corte considera que la licitación 001 de 2010, no garantizaba la representación de los recicladores dentro del contrato y por lo tanto declaró que la, (UAESP) incumplió la orden de la sentencia T-724 de 2003, de incluir “acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, cuando se trate de la contratación de servicios públicos de aseo”.

Conforme a lo estipulado por la Corte, los proponentes en el proceso de licitación cobijan exclusivamente a grupos reducidos (Asociaciones de base) y no a las máximas estructuras asociativas (Asociaciones de segundo nivel) de recicladores de Bogotá. Asunto que ya tenía un antecedente desde el año 2003, cuando se presentó el conflicto entre el gremio de recicladores y la entidad distrital. Entonces la Asociación de Recicladores de Bogotá (ARB) presentó una acción de tutela contra el Distrito, “por considerar que la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos (UESP), hoy UAESP, no tuvo medidas de discriminación positiva a favor de los recicladores de la ciudad (sujetos de especial protección constitucional, por su condición de vulnerabilidad y marginalidad), en la licitación para escoger a los prestadores del servicio público de aseo urbano”<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup>Tomado de: [www.webmanimator.com/bogota2038/sostenibilidad-ambiental/reciclaje/Recicladores-ignorados-por-decadas-y-agremiados-en-la-Bogota-2038](http://www.webmanimator.com/bogota2038/sostenibilidad-ambiental/reciclaje/Recicladores-ignorados-por-decadas-y-agremiados-en-la-Bogota-2038)

La licitación de la operación del Relleno de Doña Juana del año 2010, dentro de la exigencia de inclusión de los recicladores exige que el concesionario vincule a una o varias organizaciones de ellos, organizadas con un año de anterioridad y con una experiencia de manejo de material recuperado de 400 toneladas día. Ante este escenario, hay aproximadamente 7.638 que no se encuentran organizados y ninguno cumple con el requisito mencionado, lo cual cuestiona seriamente las intenciones de la administración frente a la licitación de operación del relleno.

Otra exigencia de la licitación tiene que ver con la experiencia exigida en el manejo de rellenos sanitarios gigantes, como Doña Juana, teniendo como requisito haber manejado un relleno de cinco mil toneladas de basura diarias por mínimo seis meses. Sin embargo, para los líderes de recicladores agremiados, éste es un criterio que favorece a empresarios que así tengan la experiencia, posiblemente no lo hayan hecho bien, como el caso de Proactiva o Aguas de Bogotá que perfectamente estarían facultadas, a pesar de las multas y críticas administrativas y ambientales que tienen en su contra.

Igualmente, para los concejales del partido MIRA, el criterio de seis meses de experiencia es sospechoso, teniendo en cuenta que Aguas Bogotá terminó su contrato con seis meses exactos de experiencia con fundamento en modificaciones a los pliegos pasando de criterios de carácter cualitativo a lo cuantitativo.

Así, a la licitación del RSDJ y el tratamiento de los lixiviados se presentaron tres proponentes: 1) Promesa de Ciudad Futura Ecoparque Bogotá, con participación de Proactiva, STL, Gaiarec (asociación de recicladores) y la ARB, garantizando el 15% de participación en acciones a la población recicladora. 2) Unión Temporal Gestión Ambiental, conformada por Sudkwo, Dohwa, Hwan Kyung, Cicon, KMA Construcciones y la Asociación Nacional de Industriales del Reciclaje (Anir) quienes presentaban un 7,5% de participación accionaria. 3) Unión Temporal Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana, constituida por Estre

Ambiental, Genivar, Grupo Roca y la Federación de Recicladores Federincol con tan sólo un 1,5% de acciones.

Finalmente, y con todas las contravenciones que dio lugar la licitación del relleno Doña Juana por la jugosa suma de 230.000 mil millones de pesos, se adjudicó en audiencia pública a la empresa brasilera-canadiense Unión Temporal Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana, que quizá es considerada una de las más polémicas al asegurar durante el transcurso de la licitación que "si alguno trató de hacer trampa en todo el proceso fue Proactiva, al tratar de pactar con todos los recicladores. No somos cómplices de eso."<sup>140</sup> De igual forma, ésta unión temporal elevó petición ante el Consejo Superior de la Judicatura de investigar a un juez que le ordenó a la UAESP habilitar a Proactiva, sin tener en cuenta que ésta había sido descalificada por no cumplir con el requisito de estar asociada a una comunidad aledaña al relleno. Sin embargo, la adjudicación se da luego de que la Corte Constitucional sentenciara el 6 de septiembre de 2010, mediante auto 298 de 2010, que la UAESP cumplió con las órdenes legales para entregar en licitación el relleno de Doña Juana y que sí incluyó a los recicladores en el proceso<sup>141</sup>, tal y cómo se pretendía con todas las acciones legales y no legales que emprendieron los mismos.

La nueva operación del Relleno Sanitario incluye una disminución en el costo por tonelada dispuesta en el relleno sanitario con relación a la tarifa que se paga al actual operador; ésta disminución es aproximadamente de 5 mil pesos por tonelada. De lo anterior se deriva que los costos del servicio de aseo tendrían una disminución del 10%, aplicado desde el mes de octubre de 2010 y estará reflejado en las siguientes facturas que normalmente llegan cada dos meses a los hogares bogotanos.

---

<sup>140</sup> Tomado de: La novela de Doña Juana. En: <http://www.elespectador.com/>

<sup>141</sup> Tomado de: Se adjudicó la operación del Relleno Sanitario Doña Juana. En: <http://www.bogota.gov.co/>

La administración distrital asegura plenamente que la nueva operación del RSDJ modernizará y tecnificará el modelo, según el cual de las 6.000 toneladas cuya disposición tiene un valor de 20 mil pesos por tonelada, se vea reducido a 15.400 pesos; y que además en asocio con la UAESP enfoque su actuación a la consecución de programas de gestión social tanto con la población recicladora, como con la comunidad aledaña al relleno.

Finalmente, y en términos del Ingeniero experto en reciclaje Ernesto Rozo, el manejo de basuras a través de rellenos sanitarios del calibre de Doña Juana es una estrategia desorganizada, poco productiva y pasada de moda; siempre y cuando en Colombia se siga reciclando con base a modelos antiguos que sólo son un desastre ambiental y para beneficio de algunos. No se trata solamente de realizar campañas de reciclaje, como lo pretende el Distrito, cuando ni siquiera la población sabe cómo separar basuras; sin embargo también existe gran responsabilidad en los operadores que recogen los residuos, por cuanto no han cumplido con las rutas de reciclaje, así como tampoco tienen a donde transportar los residuos reciclables, orientando su función netamente al beneficio económico que operar un relleno del tal magnitud conlleva.

En conclusión, siendo el negocio de las basuras tan rentable, donde confluyen múltiples actores e intereses, los hechos reales y concretos por parte de la administración, respecto de los recicladores, los habitantes de la zona, y demás involucrados debe estar enfocados a garantizar convivencia ambiental y económica en pro de beneficios y mejoras en la calidad de vida al interior y zonas aledañas al Relleno Sanitario Doña Juana.

La exigencia es la de tomar decisiones institucionales que afirmen la condición humana en términos de equidad e inclusión social como valor público, determinante para conceptualizar la ciudadanía desde lo público.

## 5. EL CONCEPTO SOBRE CIUDADANÍA COMO EXPRESIÓN DEL VALOR PÚBLICO – SOCIAL Y EL DEFICIT DE CIUDADANIA EN EL MODELO DE GESTION DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. A MODO DE CONCLUSIÓN

Concebir lo *público* en el modelo de gestión de los servicios públicos (domiciliarios), debe significar la afirmación de la ciudadanía como el atributo esencial de toda persona para acceder en condiciones de satisfacción, al disfrute de una calidad de vida que dignifique su condición como ser humano en un entorno de respeto por su integridad. Solo en la medida que el ciudadano logre participar de los beneficios del desarrollo económico y social, resultará posible predicar este concepto de integridad que precede al del ejercicio de derechos en un marco de libertad. Se afirma de esta manera, el concepto de lo público desde la ciudadanía, como expresión del valor de lo social, en virtud del cual lo privado y lo individual se subordinan a lo colectivo del bienestar - "*pluralismo de bienestar*".

Desde la perspectiva de lo público y en los términos que lo refieren los profesores Cesar Giraldo y Jairo Bautista<sup>142</sup>, la ciudadanía no puede constituirse en un privilegio al que se accede solo en la medida que se disponga de capacidad de pago, esto sería un derecho de contenido económico o *patrimonial*. Por el contrario, la ciudadanía es un valor que se concreta en la realidad de lo social cuando se accede a bienes de contenido económico, político y cultural, como la educación, la salud, la vivienda, el deporte, la recreación, para lo que es condición disponer de uso servicios que son básicos o de utilidad colectiva como, el agua, la luz, el aseo y la energía eléctrica. En la medida que una persona no tenga acceso a estos servicios esenciales en condiciones de satisfacción, esto es, calidad a costo garantizado, tampoco puede predicarse el acceso a otros servicios públicos

---

<sup>142</sup> Sobre el particular, revisión de los trabajos titulados: GIRALDO, Cesar, Del ciudadano al Cliente. Ciudadanía y derechos sociales en América Latina, Revista Administración y Desarrollo, Bogotá, Noviembre de 2007; ¿Protección o desprotección social?, Bogotá, Ediciones Desde Abajo, 2007; BAUTISTA, Jairo, Las dimensiones de la Ciudadanía. Hacia la interpretación de un debate contemporáneo", Bogotá, 2006.

como la justicia, la seguridad, la educación, el trabajo o la cultura. Y con esta condición de ciudadanía, los medios y recursos que son públicos no pueden disponerse a la intermediación y transacción entre particulares con fines de lucro. Es incoherente que en una sociedad carente de capacidad de acceso a servicios básicos en condición de igualdad de oportunidades se decida por un esquema de contractualización, privatización y mercantilización de los bienes públicos, asumiendo que corresponde al sector privado la responsabilidad de garantizar el interés público, lo cual es una distorsión de lo público. De esta manera el concepto de ciudadanía deja de ser un valor de la institucionalidad pública y pasa a ser el resultante de relaciones de intercambio contractual por parte de terceros (*Principal – Agente / contrato*), que luego de consenso y transacción deciden que tanto del bien público se destina a la ciudadanía, todo justificado en el interés de modernización y eficiencia en la administración de asuntos públicos (*new public management*).

Para el modelo de gestión de los servicios públicos domiciliarios, basados en la agencia de relaciones de contrato, no hay ciudadanos, solo usuarios o consumidores de bienes que son colocados en el mercado y que se rigen a unas condiciones que son uniformes para todos, respecto de las cuales no hay capacidad de elección. El usuario se beneficia en la medida que consuma el bien, independiente del costo o condición impuesta para acceder a dicho consumo.

Tampoco podríamos señalar que en materia de servicios públicos domiciliarios, el usuario es un ciudadano cliente en el término que refiere el profesor Cesar Giraldo. Esta noción de cliente, en la práctica del modelo no es tan clara como lo refiere la doctrina en materia de nueva gestión pública, toda vez que el usuario – consumidor-, tiene muy pocas posibilidades para determinar la condición de calidad de la oferta o de sus oferentes. El modelo tampoco es explícito al señalar como exigencia del producto o servicio, que esté acorde con los requisitos o condiciones de satisfacción del cliente. Este elemento no es determinante para

fijar las reglas del contrato, tampoco para evaluar la continuidad del oferente privado, a diferencia de lo que sucede en una relación de mercado – comercial-, donde el cliente determina la calidad y su preferencia por el oferente y éste se esfuerza por mantener cautiva a la clientela; en servicios públicos el prestador no tiene preocupación por mantener al cliente, pues son reglas del modelo que el usuario se adhiera a pagar el consumo del servicio como condición indiferente de que esté satisfecho o no.

El modelo reglamentario de los servicios públicos tampoco identifica el concepto de ciudadanía con el de promoción de lo *público no estatal* en la gestión o fiscalización de la prestación de servicios, pues como ya hemos señalado, la ley 142 de 1994 ha sido insuficiente al fijar las reglas y mecanismos que permitan a las organizaciones comunitarias vincularse a la prestación del servicio, tampoco su participación es relevante para la toma de decisiones sobre planificación y regulación. El rol del ciudadano y de las organizaciones sociales y comunitarias se concreta a un perfil de actor – reactor, ante situaciones de afectación de derechos, más no es participe de la gestión.

De esta manera, podemos identificar que el déficit social del modelo de gestión de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, radica precisamente por el desconocimiento de la ciudadanía como valor público que debe expresarse al decidir por el fortalecimiento de las instituciones desde lo estatal y lo no estatal, antes que dejar dicha responsabilidad al sector empresarial privado. El déficit en lo social es a su vez causa de la debilidad de las instituciones democráticas, respecto de las cuales se sigue predicando problemas en términos de legitimidad, gobernabilidad y reconocimiento público.

## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

AHUMADA, Consuelo; Alcaraz, Jesús; Huerta, María y Pressaco, Fabián (coordinadores), Las políticas públicas y las nuevas relaciones Estado – sociedad. Los casos de Chile, Colombia y Guatemala, Bogotá, Publicaciones Fundación Cultural Javeriana de Artes gráficas, Bogotá, 2004.

ATERHOTÚA Ríos, Carlos, Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2006, 400p.

AYALA Espino, José, Instituciones y economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico, México, primera reimpresión, Fondo de Cultura económica, 2.000, 397 p.

BARZELAY, Michael, La nueva gestión pública. Una invitación al diálogo globalizado, Documento presentado Seminario de la London School, Traducción de Tito Antonio Porras. ESAP.

BAUTISTA, Jairo Alonso, Las dimensiones de la ciudadanía. Hacia una interpretación de un Debate contemporáneo, ESAP, Julio 2006 (documento sin publicar).

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política, México, Traducción de José Fernández Santillán, 8º reimpresión, Fondo de Cultura Económica, 2001.

BRESSER – Pereira, Luiz Carlos, El asalto al Estado y la mercado: neoliberalismo y teoría económica, en la Revista Nueva Sociedad, No. 221, mayo – junio de 2009.

\_\_\_\_\_. CUNILL Grau, Nuria (Editores), Lo público no estatal en la reforma del estado, Caracas/Buenos Aires, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo CLAD y Editorial Paidós, 486p.

CABALLERO, Sierra, Gaspar, Anzola Gil, Marcela, Teoría Constitucional, Bogotá, editorial Temis, 1995.

CUEVAS, Homero y otros, Teorías jurídicas y económicas del estado, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2002, 345p.

CUNILL Grau, Nuria, El mercado en el estado, en la Revista Nueva Sociedad, No. 221, mayo – junio de 2009, ISSN 0251-3552.



DÍAZ, Elías y Ruiz, Miguel (editores), Filosofía Política II, Teoría de Estado, Madrid, primera reimpression, editorial Trotta, 2004, 272p.

DONAHUE, John, La decisión de privatizar. Fines públicos y medios privados, Barcelona, Editorial Paidós, Traducción de Lorenzo González, 1991, 366p.

ECHEVARRIA, Koldo y otros (A.A.V.V.), Responsabilización y evaluación de la gestión pública, Caracas, CLAD / AECI/MAP/FIIAPP, 2005.

FIGUERUELO Burrieza, Angela, Los derechos fundamentales en el estado social y su eficacia en las relaciones privadas, ponencia presentada en Congreso internacional, Universidad Externado de Colombia, Bogota, agosto de 1996, 95p.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, Derecho constitucional comparado, Madrid, Alianza editorial, 4º edición, Madrid, 1993, 636p.

GIRALDO, Cesar (compilador), Recate de lo Público, A.A.V.V., Ediciones desde abajo y Académica Colombiana de Ciencias económicas, Bogotá, 2003.

\_\_\_\_\_, ¿Protección o desprotección social?, Bogotá, Ediciones desde Abajo, 2007, 290p.

\_\_\_\_\_, Del ciudadano al cliente. Ciudadanía y derechos sociales en América Latina, Bogotá, en revista Administración y Desarrollo No., Escuela Superior de Administración, Pública, 2007.

GONZÁLEZ García, Carlos Emilio, La capacidad estatal para ejecutar políticas públicas, En: Revista Administración y Desarrollo, ESAP, Bogotá, 2008.

GUERRERO, Omar, El mito del nuevo "management" público, artículo de revista V.9 No. 25, 2006.54p.

\_\_\_\_\_, La Administración pública de políticas sociales. En Revista Tecnología administrativa, Volumen XI, No. 23, , Universidad de Antioquia, Medellín, Mayo de 1997.

\_\_\_\_\_, La privatización de la administración pública, en Revista Administración pública, Vol. XXI, No. 2, Puerto Rico, Junio de 1989.

HINIESTROSA, Fernando, Derecho Civil, Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

MOORE, Mark, Creando valor público a través de asociaciones públicos – privadas, Ponencia presentada en el X Congreso Internacional del CLAD sobre

Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago de Chile, 18-21, Octubre de 2005.

MORALES Payares, Cástulo, Modulo 3 sobre Modernización del Estado, ESAP, 2006. Sin publicar.

MÚNERA Ruiz, Leopoldo, La tragedia de lo público.

OSZLAK, oscar y Fólter Ruth, La capacidad de regulñación estatal en la Argentina ¿quis custodiet custodes?, 26p. En: La Argentina que vioene, Aldo Isuani y Daniel Filmus (comp.), FLACSO/EUDEBA, Buenos Aires, 1998.

PALACIOS Mejía, Hugo, El derecho de los servicios públicos, Bogotá, Ediciones Derecho Vigente, 1999, 285p.

REPETTO, Fabián, Capacidad estatal: requisito necesario para una mejor política social en América Latina, Ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28 - 31, Octubre de 2003.

ROTH, André Noel, Conceptos, teorías y herramientas para el análisis de las políticas públicas, en Políticas públicas, formulación, implementación y evaluación, Bogotá, editorial Aurora, 2002.

SÁNCHEZ González, José Juan, ¿existe como estudio del objeto de la administración pública el nuevo institucionalismo?, ponencia presentada en el X Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Públicas, Santiago de Chile, Octubre de 2005.

SÁNCHEZ Parga, José, El estado del Estado en la actual sociedad de mercado, en la Revista Nueva Sociedad, No. 221, mayo – junio de 2009, ISSN 0251-3552.

SANTAMARÍA Pastor, José, “Fundamentos de derecho administrativo I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales “Ramón Cáceres”, 1991.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. Introducción, 3º edición, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2007, 473p.

\_\_\_\_\_, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, Contratación indebida, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Segunda reimpresión, 2006.

STIGLITZ, Joseph, Economía y gobierno: Los usos privados de los intereses públicos, incentivos e instituciones, en Planeación y desarrollo, Volumen XXX, No. 1, enero – marzo de 1999.

VARELA Barrios, Edgar, Dimensiones actuales de lo público. Apropósito de las interrelaciones entre estado, management y sociedad, en Revista Pensamiento y gestión, No. 18, ISSN 16576276, 37-68p.

VARGAS Velásquez, Alejo, Las políticas públicas. Entre la racionalidad técnica y la racionalidad política, en Notas sobre el estado y las Políticas Públicas, Bogotá, editorial Almudena, 1999.

VERNIS Doménech, Alfred, Asociaciones entre lo público y lo privado: en búsqueda de la complementariedad, en Revista del CLAD sobre reforma y Democracia, No. 33, Caracas, octubre de 2005.

VICKERS, John y Yarrow, George, Un análisis económico de la privatización, México, Fondo de Cultura económica, 1991. 529 p.

WIESNER Durán, La efectividad de las políticas públicas en Colombia – Un análisis neoinstitucional, Bogotá, DNP / TM Editores, 1997.

## **ANEXOS**

**ANEXO 1. PERFIL DE LOS CONTRATOS EN EL MODELO DE GESTION DEL  
SERVICIO DE ASEO Y SANEAMIENTO EN BOGOTA**

**ANEXO 2. SESIONES ORDINARIA Y EXTRAORDINARIAS EN EL CONCEJO DE  
BOGOTÁ SOBRE ANÁLISIS DEL DEBATE**