

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Concepto No: 20108010471121

Bogotá D.C., 02 de julio de 2010

Asunto: Consulta empresas de servicio público de economía mixta

Señor
PEDRO AFANADOR RESTREPO
referenciaquaviare@hotmail.com

Respetado Señor Afanador:

Por medio del presente oficio se da respuesta a la consulta número 2010-663-018780-2, la cual fue radicada por usted en el Buzón del Ciudadano de la Contraloría General de la República, y ha sido trasladada a esta dependencia por razones de competencia.

En su consulta, presenta algunas inquietudes en relación con el Régimen Aplicable a las Empresas de Servicios Públicos Mixtas y si les es aplicable la Ley de Garantías Electorales.

Teniendo en cuenta lo anterior, la respuesta a dicha consulta será tramitada por esta dependencia en los siguientes términos:

Como punto inicial, cabe aclarar que el Departamento Nacional de Planeación según las funciones atribuidas por el Decreto 3517 de 2009 y los documentos Conpes 3248 y 3249 de 2003, tiene limitada su competencia en materia de Contratación Pública a la orientación y el seguimiento del proceso de implementación de la estrategia transversal de reforma a la contratación pública; la cual tiene como eje la formulación de una Política Pública en la materia, que se base en la lucha contra la corrupción y en la búsqueda de la eficiencia en la ejecución de los recursos públicos.

En este sentido, esta dependencia no es competente para atender consultas específicas y concretas relacionadas con el caso particular propuesto por usted, sobre las cuales no se pronunciará al respecto.

No obstante lo anterior, se hará una breve exposición de la normativa que rige la materia, desde una perspectiva en abstracto, para que adopte la posición que considere más conducente conforme la situación particular y concreta, así:

1. Empresas de Servicios Públicos

El Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, contempla dentro de su estructura

orgánica a las Empresas de Servicios Públicos Oficiales, las Empresas de Servicios Públicos Mixtas y las Empresas de Servicios Públicos Privadas.

En este sentido, el artículo 14 las define así:

"14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

"14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

"14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares".

Respecto de su naturaleza jurídica especial, la Corte Constitucional ha indicado que:

*"El constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, **las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial**" ¹. (Negritas fuera de texto)*

En este sentido, el régimen jurídico de las Empresas de Servicios Públicos, corresponde al previsto en el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, el cual establece entre otros, que en lo no previsto por dicha Ley, se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas.

2. Empresas de Servicios Públicos y Ley de Garantías

El literal (d) del numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, es clara al indicar que las Empresas Oficiales de Servicios Públicos Domiciliarios hacen parte del

sector descentralizado por servicios.

Por su parte, la Corte Constitucional, respecto de los demás tipo de Empresas de Servicios Públicos, ha establecido que:

"si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas *"las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y*

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

patrimonio propio." (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como **entidades descentralizadas**" (Negritas fuera de texto)

3. Restricciones a la contratación por la Ley de Garantías Electorales La Ley 996 de 2005 es clara al establecer en su artículo 33 que:

"Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

"Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias".

Asimismo, el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece que:

"Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista". (Negritas fuera de texto)

En vista de lo anterior, **los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital**, además de las restricciones señaladas líneas atrás, en materia contractual, tienen la prohibición de no celebrar **contratos o convenios interadministrativos** dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, bajo el entendido que los conceptos de contrato interadministrativo y convenio interadministrativo son asimilables.

Así, es claro que una vez sean aplicables las disposiciones indicadas anteriormente, no podrán celebrarse contratos a que se refiere el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, salvo las excepciones previstas en la ley 996 de 2005 ².

² El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala las siguientes excepciones:

1. Los contratos referentes a la defensa y seguridad del Estado.
2. Los contratos de crédito público.
3. Los contratos requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres.
4. Los contratos utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor.
5. Los contratos que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias

Por último, y en atención al numeral 2.4 de la Directiva Presidencial 0011 de 2009, para la celebración de contratos bajo la modalidad de contratación directa de que tratan las causales previstas en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, "las entidades estatales podrán utilizar las demás modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 —licitación pública, concurso de méritos y selección abreviada— las cuales comportan la ejecución de procesos de selección mediante la realización de convocatorias públicas".

En relación con estas restricciones, la Directiva Presidencial 11 de 2009 estipula que las mismas son aplicables a **todos los entes del Estado sujetos al Estatuto de Contratación Pública y también aquellos que tengan regímenes especiales**, estableciendo que:

"Esta expresión "todos los entes del Estado" hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son los organismos o entidades autorizadas por la Ley para suscribir contratos, y en consecuencia, comprende la totalidad de los entes del Estado, sin que resulte relevante su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. (Concepto 1727 del 20 de febrero de 2006 de la Sala de Consulta y Servicio Civil)". (Negritas y subrayas fuera de texto)

Dicho lo anterior, y en atención a su consulta, se aclara que las Empresas de Servicios Públicos Mixtas, se encuentran sujetas a las restricciones indicadas en

la Ley 996 de 2005, motivo por el cual, cualquier procedimiento para la adquisición de bienes y servicios deberá adelantarse a través de convocatoria pública en los términos señalados por la Directiva presidencial referida, vale decir, mediante mecanismos asimilables a la licitación privada, regulada por el artículo 860 del Código de Comercio.

No obstante lo anterior, es importante señalar que el término de vigencia de las restricciones previstas en la Ley 996 de 2005 para este periodo electoral, fue hasta el pasado 20 de junio del año en curso, motivo por el cual, actualmente no se encuentran vigentes estas restricciones en lo que refiere a la Contratación Directa.

Conforme a lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, las respuestas dadas por esta entidad a las consultas que se elevan, no comprometen su responsabilidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución; por lo tanto, es deber del interesado evaluar las opiniones jurídicas consignadas en los conceptos, sopesarlas a la luz de la normatividad y jurisprudencia, aplicables en la materia, y asumir su propia posición, conforme al grado de análisis y convencimiento adquirido.

Cualquier aclaración con gusto lo atenderemos.

Atentamente,

PAOLA GÓMEZ CAMPOS

Directora

Programa de Renovación de la Administración Pública