

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Concepto No. 08531

Bogotá D.C., miércoles, 07 de septiembre de 2011

Asunto: Régimen contractual de Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta

Señor

Jesús David Escudero Sierra

Jesus.Escudero@JLTCOLOMBIA.COM

Asistente Dirección de Contratación

Jlt Colombia Bogotá D.C.

Respetado Señor Escudero:

Por medio del presente oficio se da respuesta a la consulta número 20116630256522, la cual fue presentada por usted por medio de correo electrónico enviado al Proyecto de Contratación Pública (webpceadnp.gov.co) del Programa de Renovación de la Administración Pública del Departamento Nacional de Planeación.

En ella, formula algunas inquietudes respecto de la excepción prevista en la normativa para la exigencia del Rup respecto del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta.

Como punto inicial, cabe aclarar que el Departamento Nacional de Planeación 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. Régimen contractual aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta

De forma general, el literal (a) del numeral 1. del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 somete al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como regla general, a "la Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles".

Por su parte, la Ley 1150 establece una regla exceptiva a estas empresas en casos puntuales, lo que puede apreciarse dentro del debate legislativo que dio origen a la Ley 1150 de 2007, respecto de los artículos 13 y 14 (inicialmente 12 y 13), donde se indicó lo siguiente:

"los artículos 12 y 13 del proyecto de ley señalan los principios y límites a que debe someterse la actividad contractual de entidades estatales que por la naturaleza de la función o de los servicios que prestan, requieren de procedimientos contractuales que les permitan competir en igualdad de condiciones con los particulares. En ese sentido el proyecto permite que quienes como entidades públicas tienen objetos de naturaleza comercial, industrial o financiera, rijan su actividad por las normas de la misma en aras de su competitividad, pero que ello no sirva de excusa a la aplicación de los fines de la función pública, ni mucho menos a la universalidad del sistema de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado" ¹

Con lo anterior, es claro que el propósito de la norma es permitir a las EICE y SEM, que contraten eficientemente con base en las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales del giro de los negocios de estas empresas, sin perjuicio de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Así, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, establece una excepción al régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales Del Estado —EICE—, las Sociedades de Economía Mixta —SEM—, sus Filiales y Empresas con participación mayoritaria del Estado:

"que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados", [al igual que Satena, Indumil, el Hotel

¹ Congreso de la República. Gaceta del Congreso. Proyecto de Ley Número 20 de 2005 — Senado. Gaceta No. 458. Pág. 10

Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial —Cotecmar—, y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana —CIAC-2] contratan con base en las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, junto con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Es decir, no les es aplicable el régimen de contratación pública señalado en el Estatuto General de Contratación.

En consecuencia, respecto de las EICE y las SEM en las cuales "el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) [y que no desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados] estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Significa entonces que la misma ley señala que algunas de tales entidades, pese a compartir la naturaleza jurídica aludida, por no desarrollar actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, se sujetan al Estatuto.

Sin embargo, respecto de las EICE y las SEM a las cuales les es aplicable el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, para su contratación que tenga por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las mismas, deben tener en cuenta lo previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007³, el cual establece esa contratación como causal de Selección Abreviada.

Dicho lo anterior, el artículo 51 del Decreto 2474 de 2008 estableció que para esta contratación (vale decir, la que tenga por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Eice y las Sem) "se dará aplicación al procedimiento de selección abreviada de menor cuantía".

Por su parte, aquellas que no tengan por objeto directo dichas actividades, la selección del contratista debe adelantarse por medio del procedimiento previsto para la modalidad de selección que corresponda en atención a su objeto contractual.

² Artículo 16, Ley 1150 de 2007

³ "los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993"

Gráfico 1.

Régimen contractual de Eice, Sem, sus Filiales y

Empresas con participación mayoritaria del Estado

2. Registro Único de Proponentes

El Registro Único de Proponentes —RUP— contiene la información de quienes aspiran a celebrar contratos con las entidades estatales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, mediante la calificación y clasificación que cada interesado realiza al momento de su inscripción, renovación o actualización, aportando la documentación que se exige, y que es objeto de verificación documental por parte de la Cámara de Comercio respectiva.

Por su parte, el inciso 2 de dicho artículo, establece como excepción a dicho registro a la "contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos cuyo valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la respectiva entidad; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole".

En este sentido, la normativa indica que la selección del contratista relacionada con los actos y contratos que tienen por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Eice y las Sem, además de aplicarse el procedimiento previsto para la menor cuantía, se encuentra exenta del Rup para la contratación de las mismas por parte de las Eice y Sem, caso en el cual, corresponde a éstas "cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes", tal y como lo establece el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

3. Conclusiones

En atención a su consulta, debe tenerse en cuenta que la excepción prevista en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 respecto del Registro Único de Proponentes, es aplicable para los procesos de selección de las Eice y las Sem que se encuentren sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que tengan por objeto directo sus actividades comerciales e industriales; y no, los procesos contractuales a los cuales dichas entidades (Eice y Sem) participen como oferentes en igualdad de condiciones con otros proponentes.

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 la atenderemos. Atentamente,

Programa de Renovación de la Administración Pública

Programa de Renovación de la Administración Pública

Departamento Nacional de Planeación