**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Suscripción – Convenios interadministrativos – Prohibición – Ejecución de recursos públicos**

El parágrafo del artículo 38 de la ley de garantías únicamente restringe la celebración de convenios o contratos interadministrativos que ejecuten recursos públicos, pero no prohíbe las demás causales de contratación directa ni las demás modalidades de selección.

**SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA – Definición – Clasificación**

De acuerdo con la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta son organismos constituidos como sociedades comerciales, con aportes de capital público y privado. Así lo estableció el artículo 97 […]

La Ley 489 de 1998 clasifica a las sociedades de economía mixta como entidades descentralizadas por servicios, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, que pueden ser del orden nacional, departamental o municipal, según su órgano de creación.

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Sociedades de economía mixta – Diferencias**

En igual sentido, tratándose de empresas prestadoras de servicios públicos que tienen participación mixta, la Corte Constitucional, en la sentencia C-736 de 2007, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, ha manifestado que en ningún momento pueden considerarse como sociedades de economía mixta, pues la naturaleza y régimen jurídico de los prestadores de servicios es especial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 365 de la Constitución Política; pero en todo caso, las empresas de servicios públicos mixtas son entidades estatales descentralizadas que hacen parte de la rama ejecutiva del poder público con autonomía administrativa y patrimonio propio […].

En este orden de ideas, si bien las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos mixta son diferentes, esto no significa que pierdan su características de ser entidades descentralizadas que hacen parte de la rama ejecutiva y por lo tanto, cuando se trate de una sociedad de economía mixta o una empresa de servicios públicos mixta del orden departamental o municipal, no podrán celebrar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones territoriales, contratos y convenios interadministrativos por tratarse de entidades descentralizadas del nivel territorial.

**CONTRATO O CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Definición**

De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es aquel acuerdo en el que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir que, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Aplicación ley de garantías**

Por último, y reiterando lo anterior, si una empresa de servicios públicos mixta, es decir, una entidad descentralizada del orden territorial actúa en una relación contractual cuyo otro extremo es una entidad del orden nacional, le aplica la restricción prevista en el parágrafo 38 de la Ley 996 de 2005, toda vez que esta disposición prohíbe la celebración de convenios y contratos interadministrativos a las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial, y para que se configure dicha tipología contractual es necesario que la otra parte sea una entidad estatal, y esta última puede ser del orden nacional o territorial.

Bogotá D.C., **27/08/2019 Hora 18:38:35s**

# N° Radicado: 2201913000006283

Señor **Ciudadano** Ciudad

**Radicación:** Respuesta a consulta # 4201912000005352

**Temas:** Ley de Garantías, Sociedad de Economía Mixta, empresa de servicios públicos mixta

**Tipo de asunto consultado:** Aplicación de la ley de garantías para los convenios

interadministrativos de las empresas de servicios públicos Mixtas

Estimado señor,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, responde su consulta del 8 de agosto de 2019 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

# Problema planteado

“Solicito un concepto sobre un proceso que está llevando la Armada Nacional de Colombia, para el Servicio de Conectividad (Canal datos e internet) terrestre, satelital marítimo y fluvial, por valor de $15.079.367.296.00 que comprende servicios desde el 01 de septiembre de 2019 hasta el 30 de junio de 2022. La contratación se llevará acabo con la Empresa Skynet de Colombia, a través de un Contrato Interadministrativo, por lo anterior me permito realizar la siguiente consulta con referente a que el Ministerio de Defensa Nacional nos indica que no se puede hacer un Contrato Interadministrativo con mencionada Empresa por cuanto aducen que dicha empresa pertenece a ETB y estaría dentro de La ley de Garantías, se efectúo dicha verificación con la empresa y ellos por normas de derecho privado, sin que tenga injerencia su composición de capital”.

# Consideraciones:

A las elecciones del próximo 27 de octubre de 2019 le aplica el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, que establece una prohibición para que los representantes legales de entidades de orden territorial celebren convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, dentro de los cuatro meses anteriores a cualquier elección[[1]](#footnote-1).

El parágrafo del artículo 38 de la ley de garantías únicamente restringe la celebración de convenios o contratos interadministrativos que ejecuten recursos públicos, pero no prohíbe las demás causales de contratación directa ni las demás modalidades de selección.

De acuerdo con la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta son organismos constituidos como sociedades comerciales, con aportes de capital público y privado. Así lo estableció el artículo 97 en los siguientes términos:

Artículo 97. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

La Ley 489 de 1998 clasifica a las sociedades de economía mixta como entidades descentralizadas por servicios, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio[[2]](#footnote-2), que pueden ser del orden nacional, departamental o municipal, según su órgano de creación[[3]](#footnote-3). Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C–737 del 19 de septiembre de 2007, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, reiteró y desarrolló la sentencia C-953 de 1999, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, al señalar, que si bien las sociedades de economía mixta son creadas con la finalidad de que los particulares y las entidades públicas participen conjuntamente en el desarrollo de actividades comerciales, estas no pierden la calidad de ser entidades descentralizadas que implican consecuencias constitucionales y legales propias de las entidades estatales:

Ahora bien, la vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: (i) que están sujetas un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados; (ii) que están sujetas a un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política, (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde “crear o autorizar la constitución de … sociedades de economía mixta” del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben lo artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial;

Así mismo, esta Corporación, en la sentencia C–529 del 12 de julio de 2006, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, reiteró que independientemente que las sociedades de economía mixta tengan una naturaleza jurídica especial, no pierden su calidad de ser entidades descentralizadas que pertenecen a la rama ejecutiva del orden nacional o territorial.

En igual sentido, tratándose de empresas prestadoras de servicios públicos que tienen participación mixta, la Corte Constitucional, en la sentencia C-736 de 2007, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, ha manifestado que en ningún momento pueden considerarse como sociedades de economía mixta, pues la naturaleza y régimen jurídico de los prestadores de servicios es especial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 365 de la Constitución Política[[4]](#footnote-4); pero en todo caso, las empresas de servicios públicos mixtas son entidades estatales descentralizadas que hacen parte de la rama ejecutiva del poder público con autonomía administrativa y patrimonio propio[[5]](#footnote-5).

En este orden de ideas, si bien las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos mixta son diferentes, esto no significa que pierdan su características de ser entidades descentralizadas que hacen parte de la rama ejecutiva y por lo tanto, cuando se trate de una sociedad de economía mixta o una empresa de servicios públicos mixta del orden departamental o municipal, no podrán celebrar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones territoriales, contratos y convenios interadministrativos por tratarse de entidades descentralizadas del nivel territorial.

La tipología de contrato interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993 y aunque esta Ley no la definió ni la desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, califica a los contratos o contratos interadministrativos como aquella contratación *entre entidades estatales [[6]](#footnote-6)*.

De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es aquel acuerdo en el que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir que, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos y convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal regida por la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial, y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993 a menos que la entidad ejecutora (entidad con régimen especial) desarrolle su actividad en competencia con el sector privado[[7]](#footnote-7).

La calidad de un contrato o convenio interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección utilizada para celebrar el respectivo acuerdo de voluntades entre entidades de derecho público. La Ley 1150 de 2007 establece que los contratos interadministrativos pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha Ley, deba adelantarse un proceso competitivo[[8]](#footnote-8). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

Entonces, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. En este sentido, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo *ibidem*, no podrá celebrar dichos contratos o convenios durante la aplicación de la ley de garantías, toda vez que dicha disposición hace referencia a esa tipología contractual sin que el legislador hubiere contemplado excepción frente a la modalidad de selección o naturaleza de su objeto.

Frente a este punto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C–671 del 28 de octubre 2015, con ponencia del magistrado Alberto Rojas Ríos, en control automático de constitucionalidad del Decreto legislativo 1773 de 2015, “Por el cual se autoriza la celebración de convenios administrativos para la ejecución de recursos públicos por parte de algunas entidades territoriales”, se pronunció respecto de la naturaleza de los convenios interadministrativos en relación con la Ley de Garantías, indicando que:

Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública.

Así las cosas, y atendiendo a la literalidad del enunciado parágrafo, no hay lugar a una interpretación diferente a la allí prevista[[9]](#footnote-9), pues de acuerdo con lo anotado esta clase de acuerdos de voluntades acogen un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público, independientemente de su modalidad de selección o el proceso utilizado para llegar a su celebración.

Por último, y reiterando lo anterior, si una empresa de servicios públicos mixta, es decir, una entidad descentralizada del orden territorial actúa en una relación contractual cuyo otro extremo es una entidad del orden nacional, le aplica la restricción prevista en el parágrafo

38 de la Ley 996 de 2005, toda vez que esta disposición prohíbe la celebración de convenios y contratos interadministrativos a las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial, y para que se configure dicha tipología contractual es necesario que la otra parte sea una entidad estatal, y esta última puede ser del orden nacional o territorial.

Finalmente, si desea obtener más información relacionada con la Ley de Garantías, lo invitamos a revisar los *“*LINEAMIENTOS IMPARTIDOS POR LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA -COLOMBIA COMPRA EFICIENTE- SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES PARA EL AÑO 2019”, a los cuales podrá

acceder en el siguiente enlace: [https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-](https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/lineamientos-impartidos-por-la-agencia-nacional-de-contratacion-publica) [prensa/comunicados/lineamientos-impartidos-por-la-agencia-nacional-de-contratacion-](https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/lineamientos-impartidos-por-la-agencia-nacional-de-contratacion-publica) [publica](https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/lineamientos-impartidos-por-la-agencia-nacional-de-contratacion-publica)

# Respuesta

La prohibición de ley de garantías es aplicable a SkyNet de Colombia SAS, toda vez que es una empresa de servicios públicos mixta del orden territorial, filial de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB, por lo tanto, durante la vigencia de la Ley de garantías no podrá celebrar convenios o contratos interadministrativos.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



Proyectó: Sergio Mateo Avila

1. Ley 996 de 2005, artículo 38, parágrafo: “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 en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 489 de 1998, artículo 38, numeral 2, literal f, y artículo 68, numeral 2: “Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y 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 patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Constitución Política de Colombia. Artículo 150, numeral 7; artículo 300, numeral 7; y artículo 313,

numeral 6. [↑](#footnote-ref-3)
4. Constitución Política, artículo 365: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra: “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 patrimonio propio.” (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.4.4. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 1150 de 2007, artículo 2, literal 4, numeral c, modificada por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 4, literal c: (…) “Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Código Civil, artículo 27. “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu”. [↑](#footnote-ref-9)