CCE-DES-FM-17

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza jurídica especial**

Así las cosas, es impreciso afirmar que existen empresas de servicios públicos, cuya naturaleza jurídica es de sociedad de economía mixta, toda vez que las empresas de servicios públicos tienen una naturaleza jurídica especial conforme al artículo 356 de la Constitución Política. Por ello, el hecho de que su composición accionaria esté compartida por recursos públicos y privados no la convierte en sociedad de economía mixta, pues las empresas de servicios públicos tienen su clasificación propia dependiendo de la composición de su capital accionario: empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas. Ahora, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, sin importar su clasificación, todas hacen parte de la Rama Ejecutiva, del sector descentralizado por servicios.

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Régimen contractual**

Finalmente, en cuanto al régimen jurídico de contratación de las empresas de servicios públicos, el inciso primero del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 señala que «Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa». Por su parte, siguiendo esa misma lógica, el artículo 32 de la Ley 142 dispone que el régimen de los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado.

[…] Por ende, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 sobre la aplicación de los principios de la función administrativa, la gestión fiscal, las inhabilidades e incompatibilidades, el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, incluso para las oficiales y las mixtas, es el contenido en el derecho civil y comercial, razón por la cual no están sometidas a la Ley 80 de 1993.

**DOCUMENTOS TIPO – Agua potable y saneamiento básico – Obligatoriedad – Empresas de servicios públicos**

El artículo 2 de estas resoluciones señala que «Los documentos tipo contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten contratos de obra de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, que se realicen por la modalidad de licitación pública[...]». Por tanto, se destaca la obligatoriedad de los documentos tipo de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, para las entidades regidas por la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, excluyéndose a las entidades con regímenes especiales de contratación.

Así, de acuerdo con lo señalado previamente respecto del régimen de contratación de las empresas de servicios públicos, esto es, que se rigen por el derecho privado de conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 citado, los documentos tipo de infraestructura de agua potable y saneamiento básico no son de obligatorio cumplimiento para las empresas de servicios públicos cuando estas adelanten contratos de este tipo de obra pública.

Bogotá D.C., 16 de marzo de 2021

****

Señora

**Andrea Cedeño Gallardo**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 072 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza jurídica especial / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS – Régimen contractual / DOCUMENTOS TIPO – Agua potable y saneamiento básico – Obligatoriedad – Empresas de servicios públicos |
| **Radicación:**  | Respuesta consulta # P20210203000845 |

Estimada señora Cedeño:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 2 de febrero del 2021.

**1. Problema planteado**

Usted formuló la siguiente pregunta: «¿Frente a la ejecución de los recursos provenientes del Sistema General de Regalías (SGR), aprobados por OCAD, para que su ejecutor sea una entidad con régimen especial (empresa de servicios públicos) y no la entidad territorial, podría la primera, contratar la obra alejándose de la nueva directriz (documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico) y dar aplicación a las reglas adoptadas vía manual de contratación?».

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública estudió este tema en la consulta No. 4201913000005397 del 9 de agosto de 2019 y reiteró la posición en los siguientes conceptos: 4201912000006611 del 25 de septiembre de 2019, 4201913000006847 del 4 de octubre de 2019, 4201912000007762 del 18 de noviembre de 2019, 4201912000007828 del 13 de noviembre de 2019, CU-003 del 15 de enero de 2020, C-116 del 18 de febrero de 2020, C-468 del 24 de julio de 2020, C-449 del 5 de agosto de 2020, C-559 del 25 de agosto de 2020 y C-719 del 3 de febrero de 2021. La tesis de estos conceptos se reitera a continuación:

El artículo 14 de la Ley 142 de 1994 contiene las definiciones para la correcta aplicación e interpretación del régimen de servicios públicos domiciliarios. Esta norma define las empresas de servicios públicos oficial, la mixta y la privada, en los siguientes términos:

14.5. Empresa de servicios públicos oficial. 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 éstas 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.

A su turno, el artículo 17 de la ley citada señala que «las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley». De otro lado, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 determina la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, y en su literal d) señala que las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios pertenecen a las entidades de la Rama Ejecutiva del sector descentralizado por servicios. El artículo 68 de esta ley, al listar las entidades descentralizadas del orden nacional, se refirió únicamente a las empresas oficiales de servicios públicos, esto es, aquellas en las que la participación del Estado es del 100%[[1]](#footnote-1).

Lo anterior llevó a pensar que el legislador había excluido de la Rama Ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixta –capital público superior al 50%– y las privadas –capital público inferior al 50%–. Sin embargo, la Corte Constitucional determinó que tanto las empresas de servicios públicos mixta como las privadas hacían parte de la Rama Ejecutiva, toda vez que el literal g) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 dice: «g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público».

La Corte Constitucional, además de señalar la pertenencia a la Rama Ejecutiva de las empresas de servicios públicos mixtas y privadas, también sostuvo que se trataba de entidades descentralizadas por servicios, en los términos del artículo 68 de la Ley 489 de 1998[[2]](#footnote-2). En esta providencia también aclara que las empresas prestadoras de servicios públicos, de carácter mixto o privado, no son empresas de economía mixta. La anterior conclusión se fundamentó en la idea del carácter o naturaleza especial que la Constitución otorgó a las empresas de servicios públicos[[3]](#footnote-3).

Así las cosas, es impreciso afirmar que existen empresas de servicios públicos, cuya naturaleza jurídica es de sociedad de economía mixta, toda vez que las empresas de servicios públicos tienen una naturaleza jurídica especial conforme al artículo 356 de la Constitución Política. Por ello, el hecho de que su composición accionaria esté compartida por recursos públicos y privados no la convierte en sociedad de economía mixta, pues las empresas de servicios públicos tienen su clasificación propia dependiendo de la composición de su capital accionario: empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas. Ahora, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, sin importar su clasificación, todas hacen parte de la Rama Ejecutiva, del sector descentralizado por servicios.

Finalmente, en cuanto al régimen jurídico de contratación de las empresas de servicios públicos, el inciso primero del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 señala que «Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa». Por su parte, siguiendo esa misma lógica, el artículo 32 de la Ley 142 dispone que el régimen de los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado.

Por ende, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 sobre la aplicación de los principios de la función administrativa, la gestión fiscal, las inhabilidades e incompatibilidades, el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, incluso para las oficiales y las mixtas, es el contenido en el derecho civil y comercial, razón por la cual no están sometidas a la Ley 80 de 1993[[4]](#footnote-4).

Por otra parte, respecto de los documentos tipo de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, el 22 de julio de 2020, el Gobierno Nacional sancionó la Ley 2022, llamada la ley de pliegos tipo, que rige a partir de su publicación y cuyo artículo 1 modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 en los siguientes aspectos: i) sujeto encargado de la adopción de los documentos tipo, ya que antes se señalaba al Gobierno Nacional y ahora la entidad encargada es la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces; ii) inclusión de buenas prácticas contractuales y los principios de la contratación pública para establecer los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia en los documentos tipo; iii) implementación de procesos de capacitación en los municipios para la utilización de los documentos tipo buscando el desarrollo de la economía local; y iv) responsabilidades para Colombia Compra Eficiente en la definición del desarrollo e implementación de los documentos tipo mediante: cronogramas, coordinación con otras entidades especializadas, recepción de comentarios de los interesados y revisión de los documentos tipo expedidos.

En ese sentido, teniendo en cuenta que Colombia Compra Eficiente es la entidad encargada de adoptar documentos tipo de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, expidió las Resoluciones No. 248 y 249 del 1º de diciembre de 2020, mediante las cuales adoptó los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, debido a la necesidad de aprovechar las grandes inversiones en estos contratos.

El artículo 2 de estas resoluciones señala que «Los documentos tipo contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten contratos de obra de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, que se realicen por la modalidad de licitación pública[...]». Por tanto, se destaca la obligatoriedad de los documentos tipo de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, para las entidades regidas por la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, excluyéndose a las entidades con regímenes especiales de contratación.

Así, de acuerdo con lo señalado previamente respecto del régimen de contratación de las empresas de servicios públicos, esto es, que se rigen por el derecho privado de conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 citado, los documentos tipo de infraestructura de agua potable y saneamiento básico no son de obligatorio cumplimiento para las empresas de servicios públicos cuando estas adelanten contratos de este tipo de obra pública.

No obstante, se recomienda como buena práctica contractual, que las entidades, sin importar su naturaleza, adopten dichos documentos en sus procedimientos de contratación relacionados con este tipo de obra pública. Esto en la medida que contienen los parámetros y requisitos adecuados y necesarios para que las entidades logren satisfacer su necesidad, optimizando sus recursos, con estándares de calidad y el cumplimiento de la regulación aplicable.

De igual forma, es importante recordar lo dispuesto en la Ley 2056 de 2020, debido a que su consulta se relaciona con los recursos del Sistema General de Regalías. Así las cosas, conforme a los artículos 85, 99 y 109, cuando dichos recursos sean para proyectos de inversión en i) pueblos y comunidades indígenas, ii) comunidades negras, afrocolombiana, raizales y palenqueras y iii) el pueblo Rrom o gitano, los ejecutores «[...] se regirán por las normas presupuestales contenidas en la presente ley, el Estatuto de Contratación Estatal, las normas contables que para este efecto defina la Contaduría General de la Nación y las demás disposiciones complementarias».

Conforme a los artículos 83, 98 y 108 de la Ley 2056 de 2020, la designación del ejecutor de los recursos corresponde tanto a las instancias de decisión de las comunidades indígenas, negras, afrocolombiana, raizales y palenqueras como la Comisión Nacional de Diálogo del Pueblo Rrom o Gitano. Respecto a las normas citadas, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 87 y 101 de la Ley 2056 de 2020 para los Proyectos financiables con recursos de la Asignación Directa, lo relevante es que dado que la ejecución de los recursos del Sistema General de Regalías está sometida a la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, los proyectos de agua potable y saneamiento deberán implementar los documentos tipo de licitación pública, adoptados mediante las Resoluciones No. 248 y 249 del 1º de diciembre de 2020. Esto teniendo en cuenta que, de acuerdo a la Ley 2022 de 2020, los documentos tipo serán de obligatorio cumplimiento en la contratación sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**3. Respuesta**

«¿Frente a la ejecución de los recursos provenientes del Sistema General de Regalías (SGR), aprobados por OCAD, para que su ejecutor sea una entidad con régimen especial (empresa de servicios públicos) y no la entidad territorial, podría la primera, contratar la obra alejándose de la nueva directriz (documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico) y dar aplicación a las reglas adoptadas vía manual de contratación?»

Por regla general, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren las empresas de servicios públicos es el del derecho privado. Por tanto, los documentos tipo de infraestructura de agua potable y saneamiento básico no son de aplicación obligatoria para estas empresas. Lo anterior considerando que, según el artículo 2 de las Resoluciones No. 248 y 249 del 1º de diciembre de 2020, estos solo son vinculantes para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Sin embargo, las empresas de servicios públicos, como buena práctica contractual, pueden implementar los mencionados documentos tipo en sus procesos de contratación de las obras públicas relacionadas con agua potable y saneamiento básico, ya que estos contienen las mejores prácticas contractuales y coadyuban a la optimización de los recursos dispuestos por las entidades para la satisfacción de sus necesidades.

En todo caso, conforme a los artículos 85, 99 y 109 de la Ley 2056 de 2020, cuando los recursos del Sistema General de Regalías sean para proyectos de inversión en i) pueblos y comunidades indígenas, ii) comunidades negras, afrocolombiana, raizales y palenqueras y iii) el pueblo Rrom o gitano, los ejecutores «[...] se regirán por las normas presupuestales contenidas en la presente ley, el Estatuto de Contratación Estatal, las normas contables que para este efecto defina la Contaduría General de la Nación y las demás disposiciones complementarias».

Respecto a las normas citadas, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 87 y 101 de la Ley 2056 de 2020 para los Proyectos financiables con recursos de la Asignación Directa, lo importante es que dado que la ejecución de los recursos del Sistema General de Regalías está sometida a la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, los proyectos de agua potable y saneamiento deberán implementar los documentos tipo de licitación pública, adoptados mediante las Resoluciones No. 248 y 249 del 1º de diciembre de 2020. Esto teniendo en cuenta que, de acuerdo a la Ley 2022 de 2020, los documentos tipo serán de obligatorio cumplimiento en la contratación sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ximena Ríos LópezGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. Ley 489 de 1998: «Artículo 68: Entidades descentralizadas. 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» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007. C.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: «Obsérvese 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 patrimonio propio». 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-2)
3. *Ibídem.*«No obstante, después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurran en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad». [↑](#footnote-ref-3)
4. La Ley 1150 de 2007, en el artículo 13, dispone lo siguiente: «Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal». [↑](#footnote-ref-4)