

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 09-08-2013 08:15
Al Contestar Cite Este No.: 2013EE0080185 Fol.3 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112.OFICINA JURIDICA / LUCENITH MUÑOZ ARENAS
DESTINO BLANCA ZANAIDA MAHECHA
ASUNTO RESPUESTA CONSULTA PUBLICACION CONTRATOS ESP
OBS RESPUESTA RADICADO 2013ER0076014

2013EE0080185



80112
Bogotá, D.C.,

Señora
BLANCA ZENAIDA MAHECHA
Calle 102 No. 68 A 80
Ciudad

ASUNTO: Publicación de Contratos celebrados por Empresas de
Servicios Públicos ESP

1. ANTECEDENTES

La señora Blanca Zenaida Mahecha, ex – Tesorera de la Empresa de Servicios Públicos de Puerto Salgar, en ejercicio del derecho de petición, solicita se rinda concepto jurídico con respecto a la obligación que le asiste a las E.S.P.D. de publicar los contratos suscritos para el desarrollo de sus actividades.

Manifiesta como motivación de la solicitud el auto de apertura del proceso verbal e imputación de responsabilidad fiscal No.05-13 el cual anexa, y que a su criterio desconoce los lineamientos legales de la Ley 142 de 1994.

Es importante precisar que en desarrollo de la función consultiva asignada a la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, no comprende la solución directa de problemas específicos y no se trata de resolver casos particulares o concretos y, en tal virtud, tanto las preguntas como las respuestas deben darse en forma genérica de tal manera que puedan predicarse de cualquier asunto en circunstancias similares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución¹, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

¹ Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *"sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"*², así como las formuladas por las contralorías territoriales *"respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"*³ y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*⁴.

En este orden, mediante su expedición se busca *"orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"*⁵ y *"asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"*⁶.

Finalmente se aclara que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el Art.43, Núm. 16⁷ del D.L. 267/00, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas con la(s) dependencia(s) implicada(s).

No obstante lo anterior, con el fin de atender la petición, esta Oficina procederá a analizar la obligación legal por parte de las Empresas de Servicios Públicos para publicar los contratos que suscriban en desarrollo de sus actividades

2. Normatividad aplicable

Constitución Política

Ley 80 de 1993

Ley 142 de 1994

Ley 689 de 2001

² Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

³ Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁴ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁵ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁶ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁷ Art. 43. OFICINA JURIDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

3. Consideraciones jurídicas

En desarrollo de los artículos 365, 367 y 369 de la C.P., se expidió la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios, adoptando un régimen jurídico especial de carácter mixto, integrado por reglas de derecho privado y excepcionalmente por reglas de derecho público. Constituyen aspectos jurídicos diferentes e independientes, la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios y el régimen jurídico aplicable a las mismas.

Nos referimos al aspecto relacionado con la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios consagrado en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994,* señaló que: "Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley. Parágrafo 1º. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado. (s.f.de t.) (...).

La EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE PUERTO SALGAR E.S.P,⁸ es una Empresa Industrial y Comercial del Estado; del orden Municipal dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y operativa, con patrimonio independiente y rentas propias, dentro de los límites que señala la Constitución y la Ley 142 de 1994, cuya finalidad es el bienestar general del mejoramiento de la calidad de vida de la población rural y urbana del Municipio de Puerto Salgar. *

De otra parte en el artículo 19 ibídem dispone el régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios públicos.

En cuanto al régimen de los contratos, encontramos que el parágrafo del artículo 39 ibídem, prescribe:

"Parágrafo. Salvo los contratos de que tratan el parágrafo del artículo 39 y el numeral 39.1 de la presente ley, todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado. Subrayado Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 066 de 1997.

(...)

⁸ Información tomada de la página web de la Empresa en mención.

En este orden de ideas, cabe anotar que el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios es, por regla general, el establecido en la normatividad privada y por las disposiciones del Código de Comercio y el Código Civil, en los aspectos no regulados por la Ley 142 ibídem.

No obstante lo expuesto, al consagrarse el régimen privado en materia contractual, no exime del cumplimiento de los principios rectores de la contratación estatal (transparencia, economía, responsabilidad), teniendo en cuenta que los servicios públicos son una función inherente a la finalidad social del Estado. (Artículo 3º. Ley 80 de 1993).

Sin embargo, es importante considerar que por excepción la misma ley permite en virtud de su régimen "mixto", es decir integrado tanto por normas propias del derecho privado como del derecho público, y sólo en esos casos en que la Ley 142 de 1994 expresamente lo dispone, evento en el cual el régimen de contratación será la correspondiente al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993).

En concordancia con lo anterior, excepcionalmente la contratación de las empresas de servicios públicos, se rigen por el Estatuto General de la Administración Pública en los siguientes eventos:

Artículo 31 (modificado por el artículo 3º. De la Ley 689 de 2001⁹)

" Modificado por el art. 3 de la Ley 689 de 2001.

Régimen de la contratación. *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. (s.f.t)*

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. (...)

⁹ por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994

PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993". (s.f.t.)

De acuerdo con el marco normativo anterior, la obligación por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, de publicar los contratos que celebren para el desarrollo de su actividad es procedente en aquellos contratos que se rigen para todos los efectos por la ley 80 de 1993¹⁰.

Para los demás contratos, se debe atender a lo dispuesto en los manuales de contratación de las E.S.P. cuya finalidad en la publicación no es otra que brindarle al público la posibilidad de acceso fácil, oportuno, idóneo y eficaz a los términos de la contratación; por lo general en estos eventos, la publicación de los contratos se realiza en la página web de las mismas entidades.

Lo anterior, por cuanto no existe disposición similar a la prevista en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, que obligará a las entidades prestadoras de servicios públicos a publicar los contratos en el Diario Único de Contratación Pública para las entidades del orden nacional o en la gaceta oficial correspondiente del ente territorial.

No sobra agregar, que la citada disposición estuvo vigente hasta el 30 de mayo de 2012, al expedirse el Decreto Ley 019 de 2012, vigente a partir del 1 de junio de 2012, que eliminó en su artículo 223 el Diario Único de Contratación y obligó a que se publicaran los contratos en Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP- que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente.

CONCLUSIÓN

¹⁰ Será requisito indispensable para la legalización de los contratos de que trata el artículo anterior la publicación en el Diario Único de Contratación Pública, requisito que se entenderá cumplido con la presentación del recibo de pago por parte del contratista o de la parte obligada contractualmente para tal efecto.

La Oficina Jurídica en uso de las facultades establecidas en el Art. 43 del Decreto Ley 267 de 2000, Art. 28 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y Circular No. 017 de noviembre 21 de 2006, se permite emitir el siguiente concepto:

Esta Oficina, se permite concluir que para determinar la obligación de publicar los contratos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, se debe acudir a lo previsto en el manual de contratación de las enunciadas empresas, publicación que en todo caso no podrá ser onerosa para el contratista, y tiene como finalidad exteriorizar la voluntad de las decisiones contractuales y además brindar la oportunidad a los ciudadanos de conocer tales decisiones.

En los contratos que se celebren y que se rijan para todos los efectos por el Estatuto General de Contratación Pública, es procedente su publicación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP, es decir en los términos previstos en la Ley 80 de 1993.

4. – ALCANCE DEL CONCEPTO.

En virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, al interior de la Contraloría General de la República sus conceptos fijan la posición jurídica de la entidad; mientras que respecto de terceros, sus conceptos tienen el carácter que les atribuye el artículo Art. 28 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir que carecen de fuerza vinculante.

Le informamos que los conceptos expresados por esta dependencia con relación a éste y otros temas pueden ser consultados visitando el enlace “Normatividad – Conceptos” de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordialmente,



GERMÁN SILVA GARCÍA
Director Oficina Jurídica (E)

Proyectó:	Elvira Raba Ch. – Contratista.
Revisó formal:	María Stella Romero -
N. R.	2013ER0076014