



Bogotá, D.C.

**ASUNTO:** Solicitud ampliación concepto Ministerio de Minas y Energía 049488 de 2015.

Respetada señora Sánchez:

Nos referimos a su solicitud de ampliación del concepto emitido por la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, radicado MME 2015 049488 del 22 de julio de 2015, dirigido a la Alcaldía del Municipio de Medellín, en el que se atendieron algunas inquietudes relacionadas con la prestación del servicio de alumbrado público, concepto respecto del cual se debe precisar que algunas normas en él mencionadas, fueron modificadas por disposiciones posteriores y/o declaradas inexecutable por la Corte Constitucional.

Por lo anterior, y a fin de atender sus inquietudes específicas en relación con la subcontratación para la prestación del servicio de alumbrado público por parte de la Empresa Industrial y Comercial del Estado, CARIBABARE E.S.P., exponemos las siguientes consideraciones, antes de dar respuesta específica a sus interrogantes. Se advierte en todo caso, que estas consideraciones se refieren a la opinión de esta oficina sobre el asunto consultado, sin perjuicio de que la consulta incluya de forma específica, asuntos relacionados con el régimen de contratación estatal colombiano, materia sobre la cual existen otras entidades con la competencia específica de emitir doctrina.

### **1) Disposiciones aplicables al alumbrado público.**

La Ley 1150 de 2007, que introdujo modificaciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), dispuso en su artículo 29:

*Elementos que se deben cumplir en los contratos estatales de alumbrado público. Todos los contratos en que los municipios o distritos entreguen en concesión la prestación del servicio de alumbrado público a terceros, deberán sujetarse en todo a la Ley 80 de 1993, contener las garantías exigidas en la misma, incluir la cláusula de reversión de toda la infraestructura administrada,*



*construida o modernizada, hacer obligatoria la modernización del Sistema, incorporar en el modelo financiero y contener el plazo correspondiente en armonía con ese modelo financiero. Así mismo, tendrán una interventoría idónea. Se diferenciará claramente el contrato de operación, administración, modernización y mantenimiento de aquel a través del cual se adquiera la energía eléctrica con destino al alumbrado público, pues este se regirá por las Leyes 142 y 143 de 1994. La CREG regulará el contrato y el costo de facturación y recaudo conjunto con el servicio de energía de la contribución creada por la Ley 97 de 1913 y 84 de 1915 con destino a la financiación de este servicio especial inherente a la energía. Los contratos vigentes a la fecha de la presente ley, deberán ajustarse a lo aquí previsto.*

Debe precisarse que el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993, establece:

*Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.*

## **2) La prestación del servicio público de alumbrado público.**

El artículo 2.2.3.6.1.2 del Decreto 1073 de 2015, modificado por el artículo 4° del Decreto 943 de 2018 señala:

*Prestación del Servicio. Los municipios o distritos son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público, el cual podrán prestar de manera directa, o a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público que demuestren idoneidad en la prestación del mismo, con el fin de lograr un gasto financiero y energético responsable (...)*

En el parágrafo 2, ibídem, se dispuso:

*Los municipios o distritos tendrán la obligación de incluir en rubros presupuestales y cuentas contables independientes, los costos de la prestación del servicio de alumbrado público y los ingresos obtenidos por el impuesto de alumbrado público, por la sobretasa al impuesto predial en caso de que se establezca como mecanismo de financiación de la prestación del servicio de alumbrado público, y/o por otras fuentes de financiación. Cuando el servicio sea prestado por agentes diferentes a municipios o distritos, estos agentes tendrán la obligación de reportar al ente territorial la información para dar cumplimiento a este parágrafo.*



Obsérvese que, en consideración de esta oficina, la obligación en la prestación del servicio de alumbrado público corresponde al municipio, quien puede realizarlo de tres maneras:

- Directamente
- Por medio de empresas de servicios públicos domiciliarios
- Por medio de otros prestadores del servicio de alumbrado público que demuestren idoneidad para su prestación.

### 3) La Empresa Industrial y Comercial del Estado municipal CARIBABARE como Empresa de Servicios Públicos.

Según los estatutos que fueron allegados a esta Oficina Asesora Jurídica vía correo electrónico, la Empresa de Servicios Públicos de Tame "CARIBABARE E.S.P.", es una Empresa Industrial y Comercial del orden nacional<sup>1</sup>, con un capital social propiedad en un 100% del Municipio de Tame, lo que permitiría aseverar que en realidad es del orden territorial, no obstante lo señalado en sus estatutos.

Por ello resulta necesario traer a colación lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, que dictó normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, aplicables a nivel territorial y que señala:

*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.*

*Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.*

(...)

<sup>1</sup> No obstante el artículo 69 de la Ley 489 de 1998, establece: "**Creación de las entidades descentralizadas.** Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, **en el orden departamental, distrital o municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización...**" (negritas fuera del texto original)



*Parágrafo 1º.- De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial (...)*

Así, la citada disposición elevó a la connotación de entidades descentralizadas a "(...) las empresas oficiales de servicios públicos, entendidas como aquellas (...) en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes"<sup>2</sup>.

#### **4) El caso en concreto.**

Se advierte antes de responder al cuestionario concreto elevado en la petición, que aún cuando a este Ministerio no se le está consultado, ni le corresponde pronunciarse sobre la legalidad y la forma del instrumento jurídico a través del cual se le asignó la prestación del servicio de energía a CARIBABARE EICE E.S.P., (teniendo en cuenta adicionalmente que no se informó ni se allegó la documentación relativa a dicho instrumento jurídico), se recomienda desde esta oficina que se adelante una revisión en relación con la normatividad arriba referenciada, en relación con el régimen jurídico y contractual aplicable a la posibilidad de que el servicio de alumbrado público se preste a través de una empresa de servicios público.

Solicita CARIBABARE EICE E.S.P. a este Ministerio que, "[t]eniendo en cuenta que el Ministerio de Minas y Energía mediante concepto 49488 del 2015<sup>3</sup> abordó los tipos de mecanismos para encomendar la prestación del servicio de alumbrado público me permito solicitar se amplíe (sic) dicho concepto y se me informe:

***"a) Si una Empresa ESP 100% pública como entidad descentralizada encargada de la prestación del servicio de alumbrado público puede subcontratar la totalidad de componentes de prestación en aras de contar con recursos y/o apoyo en la gestión o la subcontratación debe versar sobre algunos de ellos solamente?"***

En relación con la posibilidad de que exista una *subcontratación* por parte de CARIBABARE EICE E.S.P. en relación con la prestación del servicio de alumbrado público, es la opinión de esta oficina que sí es posible que uno o todos los componentes de este servicio sean desarrollados por un tercero, en virtud de una relación jurídica entre éste y CARIBABARE EICE E.S.P., siempre y cuando esta última empresa se mantenga como aquella entidad obligada contractualmente con el municipio, a prestar el servicio de alumbrado público.

<sup>2</sup> Numeral 14.5 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994

<sup>3</sup> Se refiere al concepto emitido a la Alcaldía del Municipio de Medellín el 22 de julio de 2015, radicado de salida MME 2015 049488



En efecto, esta oficina no tiene conocimiento de que exista en nuestro ordenamiento jurídico, una norma positiva (no convencional), que obligue a las empresas de servicios públicos a cumplir con la prestación del servicio de manera directa y sin la posibilidad de subcontratar para ello, a otros agentes que hagan posible y eficiente el cumplimiento de la obligación a cargo de la empresa de servicios públicos.

Por el contrario, tal como se ha señalado más arriba, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 establece como regla general, que “(...) *los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado*”.

Se tiene con lo anterior, que en consideración de esta oficina, aunque el servicio de alumbrado público no haya sido incluido por la Ley 142 de 1994 como un servicio público domiciliario, la norma recién citada señaló que sus actos y contratos se deben regir por el derecho privado. Nótese que el artículo en mención se refiere a las *empresas de servicios públicos domiciliarios*, independientemente de si el acto o contrato se refiere a la prestación de un servicio público domiciliario o a otras actividades, como lo es en este caso la prestación del servicio de alumbrado público.

Así las cosas, en este escenario de la *subcontratación*, en criterio de esta oficina, CARIBABARE EICE E.S.P. mantendría la responsabilidad de cumplir con las obligaciones contractuales que asumió con el municipio de Tame, relacionadas con la prestación del servicio de alumbrado público. En esa medida, la forma en que cumpla esta obligación con dicha entidad territorial, esto es si lo hace con sus propios empleados, o delegando parte o la totalidad de la operación o los componentes de la prestación, resulta indiferente para efectos de la obligación de CARIBABARE EICE E.S.P. de prestar el servicio de alumbrado público.

Se tiene en esa medida, que, en razón a que la empresa en mención está autorizada para celebrar contratos regidos por el derecho privado (atendiendo a las restricciones impuestas por el régimen aplicable al servicio de alumbrado público) esta, en nuestra consideración, puede en la misma medida, celebrar los contratos que considere necesarios para atender de manera eficiente la obligación contractual que tiene con el municipio de Tame, en la medida que en nuestro criterio, el ordenamiento jurídico no incluyó una limitación para la forma en que la empresa de servicios públicos contratada por el municipio para tales efectos, debe cumplir con dichas obligaciones contractuales, esto es, no estableció un mandato que obligue a que deba cumplir con dichas obligaciones directamente y no a través de contratistas.

En esa medida, el régimen jurídico general que regula las relaciones contractuales, obliga a que cada parte cumpla con sus obligaciones de la forma en que hayan sido pactadas, sin importar si dichas obligaciones son satisfechas de forma directa o a través de terceros contratados para tales



efectos (salvo los casos de las obligaciones *intuitu personae*, que en nuestra opinión no aplica para el caso analizado).

Así las cosas, en consideración de esta oficina, en la medida en que CARIBABARE EICE E.S.P. sea el responsable ante el municipio de Tame por las obligaciones adquiridas en relación con el servicio de alumbrado público, esto es, mientras dicha empresa mantenga y sea la que honre la relación jurídica con el municipio en cita, para la prestación del servicio de alumbrado, se hace indiferente, en opinión de esta oficina, la forma en que cumpla con dichas obligaciones contractuales, esto es, de forma directa o subcontratando parte o todos los componentes de la prestación.

Lo anterior bajo el entendido de que en cualquier caso, tanto CARIBABARE EICE E.S.P., como los posibles subcontratistas, den cumplimiento a la normatividad que regula el servicio de alumbrado público, de forma que se asegure que éste se preste de manera eficiente y en óptimas condiciones para los ciudadanos, en cumplimiento de la normatividad aplicable.

***“b) Si para dicha subcontratación aplica el régimen de derecho privado previsto para este tipo de empresas en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994?”***

Por las consideraciones expuestas en la respuesta al anterior punto, en criterio de esta oficina, la posible subcontratación de los componentes de la prestación del alumbrado público, se debe regir por el régimen de derecho privado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 142 de 1994.

A lo anterior se debe agregar que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011:

*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%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.*

Se tiene en relación con lo anterior, que al ser CARIBABARE E.SP. una Empresa Industrial y Comercial del Estado constituida en un 100% por capital público, le es aplicable el artículo recién citado. En esa medida, al tratarse de una empresa que desarrolla una actividad comercial en competencia con el sector privado y público, y en un mercado regulado, sus actos y contratos, en



opinión de esta oficina, se rigen por el derecho privado, de acuerdo a lo establecido en la norma en cita.

Finalmente, informamos que el presente concepto se emite conforme a lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, en el marco de la situación planteada, para los fines expresamente consultados y se formula exclusivamente a la luz de las normas que a nuestro mejor saber y entender se encuentran vigentes en la materia a la fecha del presente documento. No admite, por lo tanto, suposiciones o interpretaciones análogas sobre situaciones de hecho que se le parezcan.

Se reitera adicionalmente, que las consideraciones incluidas en este documento, se hacen sin perjuicio de que los temas analizados se relacionan de forma específica con asuntos relativos al régimen de contratación estatal colombiano, materia sobre la cual existen otras entidades con la competencia específica de emitir doctrina.

Cordialmente,

**LUCAS ARBOLEDA HENAO**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Radicado: 2019 019165 del 21-03-2019