



El futuro
es de todos

Minenergía

Ministerio de Minas y Energía

Origen: OFICINA ASESORA JURIDICA

Rad: 2019032245 15-05-2019 04:36:46 PM

Anexos: 0

Destino: SECRETARIA GENERAL Y DE HACIENDA - SABOYA

Serie: 0.13 - NO APLICA

021

Bogotá, D.C.

13

Asunto: Consulta sobre contratación directa para ampliación de redes de gas domiciliario. (Radicado 2019014691 del 5 de marzo de 2019).

Respetada doctora Yolanda:

Nos referimos al oficio radicado en este Ministerio con el número citado en el asunto en referencia, trasladado por la Dirección de Hidrocarburos a esta Oficina mediante radicado 2019 016457 del 13 de marzo de 2019, en el cual consulta: *¿(...) puede el municipio contratar directamente con MADIGAS INGENIEROS S.A. E.S.P, la ampliación de redes, teniendo en cuenta que es una entidad que actualmente opera el servicio de gas domiciliario y quien construyo (sic) las redes existentes, o si contrario sensu, se debe realizar el proceso licitatorio en razón a que es un contrato de obra?* A continuación damos respuesta a su inquietud, de acuerdo con la normatividad vigente, aclarando que este Ministerio se manifiesta en relación con sus competencias y que en cualquier caso, existen entidades cuyas funciones radican específicamente en los asuntos de contratación estatal, asunto sobre el cual emiten la doctrina correspondiente:

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS:

1.1. Constitución Política.

Artículo 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. *Gobernarse por autoridades propias.*
2. *Ejercer las competencias que les correspondan.*
3. *Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento*

Página 1 de 6



de sus funciones.

4. Participar en las rentas nacionales.

Artículo 313. Corresponde a los concejos:

1. Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio.

2. Adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas.

3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo.

4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.
(...)

Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas. (Subrayado fuera del original).

1.2. Ley 142 de 1994¹

Artículo 39. Contratos especiales. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales
(...)

39.3. Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban.

(...)

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.

¹ por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones



Los que contemplan los numerales 39.1, 39.2 y el 39.3 no podrán ser cedidos a ningún título, ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte. (subrayado fuera del original).

ARTÍCULO 87. CRITERIOS PARA DEFINIR EL RÉGIMEN TARIFARIO. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia (...)

87.9. Las Entidades públicas podrán aportar bienes o derechos a las empresas de servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios y que en el presupuesto de la entidad que autorice el aporte figure este valor. Las Comisiones de Regulación establecerán los mecanismos necesarios para garantizar la reposición y mantenimiento de estos bienes.

1.3. Ley 1150 de 2007²

ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

(...)

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

- a) Urgencia manifiesta;
- b) Contratación de empréstitos;
- c) <Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Contratos interadministrativos, 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.

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 (...) (Resaltado y subrayado fuera de texto).

² Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.



1.3. Guía para procesos de contratación de obra pública³ (G-GPCOP-01)

(...) *B. Marco normativo de los contratos de obra pública*

Los Procesos de Contratación de obra pública se rigen por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011 y 1682 de 2013 en materia de infraestructura de transporte y en los demás aspectos, por el derecho privado.

Por otra parte, los partícipes del Sistema de Compras Públicas deben conocer y aplicar las normas del nivel nacional y territorial en la ejecución de obras públicas, respecto a los siguientes aspectos:

- *Licencias y obligaciones ambientales*
- *Licencias urbanísticas y cumplimiento de los planes de ordenamiento territorial.*
- *Normas de protección del patrimonio histórico y cultural*
- *Asuntos relativos al desarrollo territorial, expropiación manejo de temas prediales.*
- *Asuntos tributarios*
- *Movilidad*
- *Servicios públicos domiciliarios*
- *Manejo de comunidades (...).* (subrayado fuera del original).

1.4. Ley 1551 de 2012⁴

ARTÍCULO 3o. El artículo 4o de la Ley 136 de 1994 quedará así:

Artículo 4o. Principios Rectores del Ejercicio de la Competencia. Los municipios ejercen las competencias que les atribuyen la Constitución y la ley, conforme a los principios señalados en la ley orgánica de ordenamiento territorial y la ley de distribución de recursos y competencias que desarrolla el artículo 356 de la Constitución Política, y en especial con sujeción a los siguientes principios:

(...)

d) Complementariedad. Para complementar o perfeccionar la prestación de los servicios a su cargo y el desarrollo de proyectos locales, los municipios podrán hacer uso de mecanismos de asociación, cofinanciación y/o convenios;

e) Eficiencia. Los municipios garantizarán que el uso de los recursos públicos y las inversiones que se realicen en su territorio produzcan los mayores beneficios sociales, económicos y ambientales;

f) Responsabilidad y transparencia. Los municipios asumirán las competencias a su cargo, previendo los recursos necesarios sin comprometer la sostenibilidad financiera

³ <https://www.colombiacompra.gov.co>

⁴ Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.



de su entidad territorial, garantizando su manejo transparente (...) (negrita fuera del original)

2. RESPUESTA AL INTERROGANTE PLANTEADO:

Como se infiere de las normas citadas, así como del régimen de servicios públicos, se tiene que en la Ley 142 de 1994, se establecieron las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad, financiación.

En consideración a las normas arriba citadas, esta oficina ha identificado que la Ley 142 de 1994 en efecto establece en su artículo 39, la existencia de ciertos *contratos especiales* en relación con los servicios públicos domiciliarios, los cuales de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del mismo artículo 39, se rigen por el derecho privado.

No obstante, esta oficina ha identificado que entre estos contratos no se encuentran aquellos cuyo objeto sea la construcción o expansión de infraestructura para la prestación de servicios públicos domiciliarios, incluyendo la distribución de gas.

En efecto, según como se citó arriba, el artículo 39.3 de la Ley 142 de 1994, señala que “(...) *las entidades oficiales pueden transferir la propiedad o el uso de bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos o concesiones o similares, o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos (...)*”.

Como se ve, este artículo, al igual que el 87.9 de la misma ley, citado en el primer acápite de este documento, da la posibilidad a las entidades estatales, de aportar la propiedad o el uso y goce de bienes que *ya sean de la entidad*, para que estos sean utilizados por terceros en la prestación del servicio público. No obstante estos artículos no hacen referencia a lo que tiene que ver con la construcción de infraestructura para la prestación del servicio público.

En ese orden, esta oficina considera que cuando la ley se refiere a la posibilidad de las entidades estatales de contratar bajo las reglas del derecho privado, se está refiriendo a aquellos instrumentos a través de los cuales se permitirá a terceros utilizar infraestructura ya construida y de propiedad de la entidad estatal, para la prestación del servicio público, más no para el levantamiento mismo de dicha infraestructura.

Por lo anterior, no identifica esta oficina la existencia de una regla en la Ley 142 de 1994, que permita a las entidades estatales, incluidas las entidades territoriales, contratar de



El futuro
es de todos

Minenergía

manera directa la construcción de nueva infraestructura para la prestación de servicios públicos domiciliarios, incluyendo la ampliación de redes de gas.

Por lo anterior, en criterio de esta oficina, la contratación de dicho objeto debe remitirse a las reglas generales de la contratación, conforme a las cuales, según las normas citadas en el primer aparte de este concepto y en atención a que se trataría de un contrato de obra, la contratación para una expansión de la red de gas debería adelantarse a través de una licitación pública, salvo que se identifique alguna de las causales por las cuales las normas que rigen la contratación administrativa, permiten la contratación directa, como por ejemplo, cuando aplique, los convenios interadministrativos cuando se trata de un negocio jurídico entre dos entidades estatales.

Finalmente, la respuesta dada en este escrito obedece a un derecho de petición de consulta y que el concepto emitido por esta Oficina solo contiene orientaciones que no comprenden la solución directa del problema planteado, se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del CPACA, para los fines expresamente consultados y se resuelve 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.

Cordialmente,

LUCAS ARBOLEDA HENAO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Copia: Doctor Julián Eduardo Páez Gil, Coordinador Grupo Participación Ciudadana MME
Doctor José Manuel Moreno, Director de Hidrocarburos MME
Doctor Cristian Jaramillo Herrera, Director Ejecutivo CREG
ypatino@minenergía.gov.co, amgvanarita@minenergía.gov.co

Elaboró: Ana Milena Guañarita
Revisó: Yolanda Patiño Chacón
Aprobó: Lucas Arboleda Henao

Radicado: 2019014691 05/03/2019 y 2019021194 del 29/03/2019

TRD: 13.24.70