

## **EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS - Son entidades públicas / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS - Intervención en la gestión de negocios o celebración de contratos con ellas genera inhabilidad**

En el concepto citado [1815 de 26 de abril de 2007], se expuso como noción de entidad pública la siguiente: Al no existir una definición legal propiamente tal, en las diferentes leyes y normas en que se utiliza esta expresión, debe buscarse por el intérprete su significado, pese a lo cual, estima la Sala que debe utilizarse el término entidad pública como sinónimo de persona jurídica de derecho público. Entonces, la idea consiste en que por lo general la fórmula entidad pública debe entenderse como sinónimo de persona jurídica de derecho público, salvo que del contexto de la ley se desprenda otra significación. Repasando el conjunto de normas de la ley 617 de 2000 en su capítulo V, estima la Sala que no hay elementos de juicio que permitan concluir que esta expresión esté siendo utilizada en forma diferente de la de persona jurídica de derecho público, que también es la manera como la utiliza la ley 489 de 1998 que contiene las reglas generales de la organización de la administración. Además, se anota que al revisar los antecedentes legislativos de la ley, no se encontró que estas expresiones fueran objeto de debate o de especial atención por parte de los legisladores, de lo que se desprende que fueron utilizadas en su sentido general y obvio, que a juicio de la Sala es el expuesto. (...) Así las cosas, se puede leer, en lo pertinente, el numeral 4 del artículo 30 transcrito [de la ley 617 de 2000], en esta forma: Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante personas jurídicas de derecho público del nivel departamental o en la celebración de contratos con personas jurídicas de derecho público.... De lo anterior se desprende entonces, que basta con que la conducta tipificada como inhabilitante se haya realizado con alguna persona jurídica de derecho público, entendida como aquella creada o autorizada por ley, ordenanza o acuerdo, y con utilización de recursos públicos, para que se configure este elemento de la respectiva prohibición. Es obvio que deben darse todos los demás supuestos de la inhabilidad, y que en este acápite sólo se analiza la expresión entidad pública.

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la naturaleza de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1815 de 26 de abril de 2007.

**FUENTE FORMAL:** LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 30 / LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 33 / LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 37 / LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 40

**INHABILIDAD POR CELEBRACION DE CONTRATOS CON ENTIDAD PUBLICA- Se configura la inhabilidad indistintamente al régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos de carácter mixto / INHABILIDAD - Naturaleza - no es sanción sino prohibición**

Las normas transcritas de la ley 617 de 2000 [artículos 30, 33, 37 y 40] utilizan la fórmula contratos con entidades públicas para estructurar las diferentes inhabilidades, sin calificar o agregar algún elemento adicional al sustantivo plural contratos. En consecuencia, al no existir ningún tipo de calificativo, la expresión contratos es general y comprensiva de todos ellos, sin tener en cuenta el régimen jurídico que les fuere aplicable, su objeto, finalidad, etc. Es comúnmente aceptado como una regla de interpretación legal, que cuando el legislador no distingue no le es dado al intérprete distinguir, entendiendo como distinción la de calificar o dividir la institución de que se trate para aplicarla sólo a algunos casos y no a los otros, cobijados todos por la expresión genérica del legislador. En palabras del artículo

27 del código Civil: cuando el sentido de una ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. (...) Para efectos de la inhabilidad, es indiferente el régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos de carácter mixto, pues bien sea que se rijan por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, o por el derecho privado, de todas formas son contratos, y por lo mismo encajan dentro del elemento tipificador de la inhabilidad. Es conveniente hacer notar que la ley 617 de 2000 es posterior a la ley 80 de 1993, y la institución del contrato estatal se encontraba creada por el legislador con varios años de antelación, de manera que si el legislador no distinguió para efectos de la inhabilidad entre los regímenes aplicables a los contratos de las entidades públicas, no hay manera para el intérprete de realizar tal distinción. La Sala es consciente que a nivel de la jurisprudencia y la doctrina se ha presentado un debate alrededor de la comprensión de la institución contrato estatal, pues para algunos es sinónimo de cualquier contrato de una entidad estatal, mientras que para otros cubre tan sólo los contratos regidos por la ley 80 de 1993, pero esa discusión es irrelevante para los efectos que aquí se estudian. Ahora bien, la ley 617 de 2000 contempla las inhabilidades para ser elegido gobernador, diputado, alcalde o concejal, lo que significa que el hecho prohibido es el de acceder a alguno de estos cargos, cuando se dan las hipótesis que consagran las normas parcialmente transcritas. Hace notar la Sala, que las situaciones que originan las inhabilidades pueden ser legítimas en sí mismas, y que pese a realizarse conforme al derecho, conllevan la inhabilidad, puesto que es también claro que las inhabilidades no son en sí mismas sanciones sino meras prohibiciones, las que define el legislador con miras a realizar los grandes valores éticos de la democracia, uno de ellos el de la legitimidad de las autoridades, pues éstas no deben haber sido objeto de suspicacias públicas en cuanto a su elección. NOTA DE RELATORIA: Levantada la reserva legal con auto de 1 de julio de 2011.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

**Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO**

**Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de 2007**

**Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00020-00(1815)A**

**Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA**

**Referencia: Las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas.  
Inhabilidades electorales de sus contratistas.**

El señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctor Fernando Grillo Rubiano, solicita a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que adicione el concepto de fecha 26 de abril de 2007, con la explicación del régimen de inhabilidades electorales de los contratistas de las empresas de servicios públicos mixtas, con miras a las elecciones del 28 de octubre próximo, para lo cual formula las siguientes preguntas:

*“1. Dado que las Empresas Servicios Públicos Domiciliarios (ESP) Mixtas, se consideran, según el concepto, como **entidades públicas**, quiere ello decir,*

que sí una persona celebró o celebra con posterioridad al mes de octubre de 2006, contratos con una de esas empresas, estaría incurso en el régimen de inhabilidades para aspirar en las próximas elecciones del mes de Octubre a ser Gobernador, Diputado, Alcalde o Concejal, dado que los artículos 30 numeral 3., 33 numeral 4., 37 numeral 3. y 40 numeral 3., establecen que (a título de ejemplo, transcribiremos el caso de los gobernadores), lo siguiente:

... “4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la **celebración de contratos con entidades públicas** de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento...”

*¿Que implicación tiene frente a la anterior inhabilidad, el hecho de que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas, no están sometidas en materia contractual a la Ley 80 de 1993, y por ende no celebran contratos típicamente estatales?. ¿Podría tal circunstancia, hacer inaplicable la inhabilidad citada?*

*¿Cómo armonizar tal disposición con el artículo 44 numeral 4. de la Ley 142 de 1994, que señala que el régimen de inhabilidades de la Ley 80 de 1993, es aplicable a entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios?. ¿Qué debe entenderse allí por entidad estatal para efectos de la norma?. Comprende la expresión “entidad estatal” a las ESP Mixtas?*

*2. ¿Dependerá la inhabilidad del objeto del contrato celebrado?. ¿Es decir, podría entenderse que la inhabilidad solo se aplicaría tratándose de contratos cuyo objeto sea la realización o cumplimiento de funciones públicas o administrativas, pero no para meras actividades de carácter comercial o industrial? o la inhabilidad es para todo tipo de contratos sin importar su objeto?*

#### **Para responder la Sala CONSIDERA:**

Las normas citadas en el numeral 1 de la consulta hacen parte de la ley 617 de 2000 en lo referente a la inhabilidad de los posibles candidatos que hayan suscrito contratos con las entidades públicas, por lo que procede la Sala a transcribirlas para responder las preguntas formuladas.

#### **Ley 617 de 2000:**

### **CAPITULO V.**

### **REGLAS PARA LA TRANSPARENCIA DE LA GESTION DEPARTAMENTAL, MUNICIPAL Y DISTRITAL**

*ARTICULO 30. DE LAS INHABILIDADES DE LOS GOBERNADORES. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:*

....

*3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de*

*inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.*

*4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.*

.....

**ARTICULO 33. DE LAS INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS.** *No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:*

.....

*4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.*

.....

**ARTICULO 37. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE.** *El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:*

*"Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:*

.....

*3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.*

.....

**ARTICULO 40. DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES.** *El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:*

*"Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:*

.....

*3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés*

*propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.*

Para efectos de absolver las preguntas, encuentra la Sala que se trata de establecer el significado de dos expresiones legales utilizadas en las normas transcritas, a saber: entidades públicas y contratos con entidades públicas, de manera que procede a analizarlas utilizando los conceptos dados en el concepto 1815 cuya ampliación se solicita.

#### **I. La noción de entidad pública para efectos de la comprensión de las inhabilidades de la ley 617 de 2000.**

En el concepto citado, se expuso como noción de entidad pública la siguiente: *Al no existir una definición legal propiamente tal, en las diferentes leyes y normas en que se utiliza esta expresión, debe buscarse por el intérprete su significado, pese a lo cual, estima la Sala que debe utilizarse el término entidad pública como sinónimo de persona jurídica de derecho público.* Entonces, la idea consiste en que por lo general la fórmula *entidad pública* debe entenderse como sinónimo de *persona jurídica de derecho público*, salvo que del contexto de la ley se desprenda otra significación.

Repasando el conjunto de normas de la ley 617 de 2000 en su capítulo V, estima la Sala que no hay elementos de juicio que permitan concluir que esta expresión esté siendo utilizada en forma diferente de la de *persona jurídica de derecho público*, que también es la manera como la utiliza la ley 489 de 1998 que contiene las reglas generales de la organización de la administración.

Además, se anota que al revisar los antecedentes legislativos de la ley<sup>1</sup>, no se encontró que estas expresiones fueran objeto de debate o de especial atención por parte de los legisladores, de lo que se desprende que fueron utilizadas en su sentido general y obvio, que a juicio de la Sala es el expuesto. A manera de ejemplo, en la exposición de motivos para primer debate se dijo en relación con el proyecto de normas del capítulo V de la que sería la ley que se comenta:

*“El proyecto de ley que se somete a consideración del H. Congreso presenta en el capítulo V, reglas de transparencia de la gestión departamental y municipal, a través del fortalecimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores, alcaldes, diputados y concejales, la extensión en el tiempo de las incompatibilidades, la ampliación de las causales de pérdida de investidura para concejales y diputados. Igualmente se reglamentan prohibiciones a los diputados y concejales y se establecen excepciones.”*

Así las cosas, se puede leer, en lo pertinente, el numeral 4 del artículo 30 transcrito, en esta forma: *Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante **personas jurídicas de derecho público del nivel departamental o en la celebración de contratos con personas jurídicas de derecho público** ....*

---

<sup>1</sup> Ver: Gaceta del Congreso de 1999 Números: 257 Pág. 14; 394. Pág. 12; 452 Pág. 2; del año 2000: 102 Pág. 23; 259 pág. 45; 295 Pág. 11.

De lo anterior se desprende entonces, que basta con que la conducta tipificada como inhabilitante se haya realizado con alguna persona jurídica de derecho público, entendida como aquella creada o autorizada por ley, ordenanza o acuerdo, y con utilización de recursos públicos, para que se configure este elemento de la respectiva prohibición. Es obvio que deben darse todos los demás supuestos de la inhabilidad, y que en este acápite sólo se analiza la expresión entidad pública.

## II. La noción de contratos con entidades públicas.

Las normas transcritas de la ley 617 de 2000 utilizan la fórmula *contratos con entidades públicas* para estructurar las diferentes inhabilidades, sin calificar o agregar algún elemento adicional al sustantivo plural *contratos*. En consecuencia, al no existir ningún tipo de calificativo, la expresión *contratos* es general y comprensiva de todos ellos, sin tener en cuenta el régimen jurídico que les fuere aplicable, su objeto, finalidad, etc. Es comúnmente aceptado como una regla de interpretación legal, que cuando el legislador no distingue no le es dado al intérprete distinguir, entendiendo como distinción la de calificar o dividir la institución de que se trate para aplicarla sólo a algunos casos y no a los otros, cobijados todos por la expresión genérica del legislador. En palabras del artículo 27 del código Civil: cuando el sentido de una ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

A pesar de la claridad del anterior argumento, con el que se podrían responder las preguntas sin mayor hesitación, la consulta inquiriere sobre dos temas adicionales de los que se ocupa la Sala a saber: el hecho de que a las empresas de servicios públicos mixtas no se les aplique la ley 80 de 1993 *¿podría tal circunstancia, hacer inaplicable la inhabilidad citada?*, y *¿cómo se relacionan estas inhabilidades de la ley 617 de 2000 con las de la ley 80 de 1993?*

En relación con el primero de los puntos planteados, encuentra la Sala, que para efectos de la inhabilidad, es indiferente el régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos de carácter mixto, pues bien sea que se rijan por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, o por el derecho privado, de todas formas son contratos, y por lo mismo encajan dentro del elemento tipificador de la inhabilidad.

Es conveniente hacer notar que la ley 617 de 2000 es posterior a la ley 80 de 1993, y la institución del contrato estatal se encontraba creada por el legislador con varios años de antelación, de manera que si el legislador no distinguió para efectos de la inhabilidad entre los regímenes aplicables a los contratos de las entidades públicas, no hay manera para el intérprete de realizar tal distinción. La Sala es consciente que a nivel de la jurisprudencia y la doctrina se ha presentado un debate alrededor de la comprensión de la institución contrato estatal, pues para algunos es sinónimo de cualquier contrato de una entidad estatal, mientras que para otros cobija tan sólo los contratos regidos por la ley 80 de 1993, pero esa discusión es irrelevante para los efectos que aquí se estudian.

Ahora bien, la ley 617 de 2000 contempla las inhabilidades para ser elegido gobernador, diputado, alcalde o concejal, lo que significa que el hecho prohibido es el de acceder a alguno de estos cargos, cuando se dan las hipótesis que consagran las normas parcialmente transcritas. Hace notar la Sala, que las situaciones que originan las inhabilidades pueden ser legítimas en sí mismas, y que pese a realizarse conforme al derecho, conllevan la inhabilidad, puesto que es también claro que las inhabilidades no son en sí mismas sanciones sino meras prohibiciones, las que define el legislador con miras a realizar los grandes valores

éticos de la democracia, uno de ellos el de la legitimidad de las autoridades, pues éstas no deben haber sido objeto de suspicacias públicas en cuanto a su elección.

Entonces, la ley 617 de 2000 no prohíbe la celebración de contratos, simplemente consagra la prohibición de ser elegido a estos cargos cuando se celebren contratos con entidades públicas dentro de los plazos y demás condiciones legales.

Por el contrario, el numeral 4 del artículo 44 de la ley 142 de 1994 está ordenando la aplicación de las causales de inhabilidad para celebrar contratos con las empresas de servicios públicos domiciliarios, consagradas en la ley 80 de 1993. Entonces, la actividad prohibida es justamente la de la celebración de contratos y no la de la elección como gobernador, alcalde, etc., de suerte que estos dos grupos de normas no se excluyen entre sí pues regulan situaciones fácticas diferentes.

Para concluir, encuentra la Sala que es válido que el lector de las normas transcritas de la ley 617 de 2000 pueda criticarlas por fuera del campo jurídico, con el fin de sostener que ellas deberían referirse a cierto tipo de contratos, o a determinados objetos. Estas discusiones pueden llevar a un cambio legislativo, pero no alteran la obligatoriedad de las normas comentadas, pues como se expuso, éstas contienen unas prohibiciones en aras del bien público, sacrificando en veces intereses privados de carácter legítimo para hacer valer la transparencia y la legitimidad de la democracia.

#### **Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:**

*1. Dado que las Empresas Servicios Públicos Domiciliarios (ESP) Mixtas, se consideran, según el concepto, como **entidades públicas**, quiere ello decir, que sí una persona celebró o celebra con posterioridad al mes de octubre de 2006, contratos con una de esas empresas, estaría incurso en el régimen de inhabilidades para aspirar en las próximas elecciones de mes de Octubre a ser Gobernador, Diputado, Alcalde o Concejal ...*

En relación con el entendimiento de la fórmula *contratos con entidades públicas* utilizada por las normas citadas para estructurar una inhabilidad para ser elegido en ciertos cargos de elección popular, considera la Sala que si una persona celebró contratos o intervino en su celebración, con una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, estaría, en cuanto a este aspecto, incurso en la inhabilidad.

*¿ Qué implicación tiene frente a la anterior inhabilidad, el hecho de que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas, no están sometidas en materia contractual a la Ley 80 de 1993, y por ende no celebran contratos típicamente estatales?. ¿Podría tal circunstancia, hacer inaplicable la inhabilidad citada?*

Frente al significado de la expresión *contratos con entidades públicas* utilizada por las normas transcritas, el hecho de que a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas no se les aplique la ley 80 de 1993, no tiene ninguna significación o efecto jurídico modulador de la expresión citada.

*¿Cómo armonizar tal disposición con el artículo 44 numeral 4. de la Ley 142 de 1994, que señala que el régimen de inhabilidades de la Ley 80 de 1993, es aplicable a entidades estatales que presten servicios públicos*

*domiciliarios?. ¿Qué debe entenderse allí por entidad estatal para efectos de la norma?. Comprende la expresión “entidad estatal” a las ESP Mixtas?*

El régimen de las inhabilidades de las normas citadas de la ley 617 de 2000, prohíbe la elección de las personas que se encuentren en las situaciones por ella tipificadas. El numeral 4 del artículo 44 de la ley 142 de 1994, se remite a las inhabilidades de la ley 80 de 1993, en las cuales se prohíbe la celebración de contratos con las entidades estatales. De estas dos afirmaciones se desprende que la actividad prohibida es diferente en cada caso concreto, por lo que no hay contradicción ni exclusión entre ellas, por regular situaciones diferentes.

*2. ¿Dependerá la inhabilidad del objeto del contrato celebrado?. ¿Es decir, podría entenderse que la inhabilidad solo se aplicaría tratándose de contratos cuyo objeto sea la realización o cumplimiento de funciones públicas o administrativas, pero no para meras actividades de carácter comercial o industrial? o la inhabilidad es para todo tipo de contratos sin importar su objeto?*

Dado que al tipificar las conductas que dan lugar a la inhabilidad, las normas citadas de la ley 617 de 2000, se refieren pura y simplemente a los “contratos con entidades públicas”, no le es posible al intérprete de la norma, condicionar o adicionar a ésta expresión legal, el tipo de contrato, o el régimen que le sea aplicable, su finalidad, etc.

Transcríbase al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

**FLAVIO A. RODRIGUEZ ARCE**  
Presidente de la Sala

**ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO**

**LUIS F. ALVAREZ JARAMILLO**

**GUSTAVO E. APONTE SANTOS**

**LIDA YANNETTE MANRIQUE**  
Secretaria de la Sala