

# EMSER E.S.P.

Empresa de Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado  
y Aseo del Líbano - Tolima  
NIT: 890.703733-7

"EN EL LÍBANO.....TODOS GANAMOS"

28 ENE 2019

Líbano, Enero 28 de 2019.

00000070

Señor

**ANDRES GOMEZ**

Ciudad

**REF:** Respuesta a inquietudes a la evaluación realizada al proceso de Invitación Abierta No 003 de 2019.

## SU INQUIETUD

Me permito ratificar que la entidad está trasgrediendo la normatividad legal vigente, al pretender excusarse en el régimen especial o privado que tienen las empresas de servicios públicos para adelantar los procesos de contratación, pero no pueden pretender que las normas precisadas en los escritos radicados a la entidad determinan que dichos requisitos los deben cumplir las entidades ESTATALES, esto significa que no importa el régimen de contratación que utilicen público o privado siguen siendo entidades públicas, tanto es así que son objeto de auditoría por parte de la contraloría y demás entidades de control públicas, **por lo tanto en su respuesta se constituye en falsedad ideológica en documento público pues le cito el artículo 15 del Decreto 1510 de 2013 establece el deber de las Entidades Estatales de analizar el sector, en ninguna aparte deja por fuera las empresas de servicios públicos Oficiales.**

Por último le agradezco dar este tipo de respuesta que lo único que deja claro es que a la entidad no le interesa darle cumplimiento a las normas de contratación que regulan las entidades estatales o es que acaso EMSER ESP NO ES UNA ENTIDAD ESTATAL.

## RESPUESTA DE LA ENTIDAD

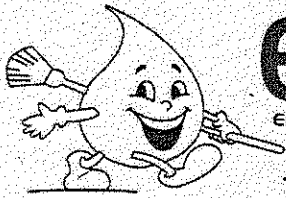
En primer lugar, el Decreto 1510 de 2013, está derogado por el Decreto 1082 de 2015, y este no se aplica para la EMSER E.S.P., así lo ha dicho la ley y la jurisprudencia:

En diferentes oportunidades, la superintendencia de servicios públicos ha expresado:

"En lo que hace a su régimen de contratación, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 dispone que salvo que la Constitución Política o la ley dispongan otra cosa, los actos de las empresas de servicios públicos se **regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado**. Y agrega la norma que la regla precedente se aplicará inclusive a las sociedades en que las entidades oficiales son aportantes sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o derecho que se ejerza.

Con todo, es importante advertir que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, contiene el régimen jurídico aplicable a la contratación de las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios el cual es fundamentalmente de derecho privado para aquellos contratos que tengan por objeto la prestación del servicio, como pasa a verse.





# EMSER E.S.P.

Empresa de Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado  
y Aseo del Líbano - Tolima  
NIT: 890.703.733-7

**"EN EL LÍBANO.....TODOS GANAMOS"**

**El título II de la Ley 142 de 1994, intitulado "Régimen de actos y contratos de las empresas", en su capítulo I Normas Generales, es claro en disponer en su artículo 31, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001:**

**"Artículo 31, 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.

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. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

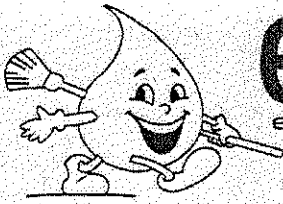
**PARAGRAFO.** Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, 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".

La norma trascrita comporta la implantación del régimen de derecho privado a los procesos de contratación de los prestadores de servicios públicos domiciliarios sin importar la naturaleza jurídica de los sujetos prestadores. En efecto, el legislador quiso imprimir a lo largo del articulado de la ley de Servicios Públicos un criterio eminentemente comercial para la prestación de esta clase de servicios, aunado a una política de desregularización, que necesariamente plantea esquemas de competencia, en los cuales se exige que los distintos agentes económicos estén situados en un nivel de igualdad (artículo 30 de la Ley 142 de 1994).

Ahora bien, la norma general está representada por la aplicación del régimen de derecho privado, salvo en los casos como se dijo atrás en los que en el contrato se dé aplicación a los mecanismos excepcionales previstos en los artículos 31 y 35 de la ley de servicios públicos así como lo relacionado con el contrato de Concesión.

De manera que, de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 31, 32, 33, 34 y 35 de la Ley 142 de 1994, el régimen contractual que obliga a las empresas oficiales en general y a las empresas Industriales y Comerciales del Estado en particular, es un régimen de derecho privado, que en principio se rige por las normas del Código Civil y Comercial. Sin embargo, la citada ley también prevé que las Comisiones de Regulación respectivas, para la celebración de contratos, pueden, en algunos casos, exigir la realización de licitaciones públicas u otros procedimientos que estimulen la competencia de oferentes bajo criterios de transparencia y publicidad, principios de la función pública".





# EMSER E.S.P.

Empresa de Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado  
y Aseo del Líbano - Tolima  
NIT: 890.703.733-7

"EN EL LÍBANO.....TODOS GANAMOS"

Finalmente, la Corte Constitucional al revisar la constitucional de los artículos 30, 31 y 32 entre otros que se vienen comentando, dejó en claro que:

"Pero independientemente de la anterior discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de normas del derecho público o del derecho privado, considera la Corte que esa sola apreciación no puede constituir base suficiente para declarar la inexecutable del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente. Al respecto, simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc. Luego, el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la Ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior.

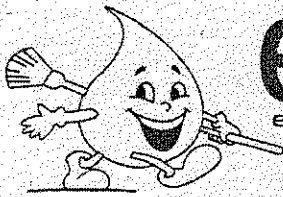
De otra parte, si las actuaciones y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de sus empleados deben someterse a los principios estipulados en el título preliminar de la Ley objeto de control (artículo 30), y no directamente a los del artículo 23 de la Ley 80 de 1993, no hay sustento constitucional suficiente para la preocupación del actor en este punto, pues no es cierto que, por lo señalado, tales servidores públicos puedan desempeñar lo de sus cargos sin transparencia, responsabilidad y economía, y ello no les pueda ser exigido por las autoridades encargadas de vigilar sus actuaciones, ya que los principios que rigen la prestación de los servicios públicos domiciliarios no son solamente los arriba enunciados, sino los de eficiencia, eficacia, calidad, información, no abuso de la posición dominante, acceso, participación y fiscalización de los servicios, cobro solidario y equitativo, neutralidad, legalidad, esencialidad, garantía a la libre competencia, etc., todos establecidos a lo largo del título preliminar de la Ley 142 acusada (artículos 1 a 14), cuya consecución incluye, indudablemente, el cumplimiento de los principios que tanto preocupan al actor, desarrollando así cabalmente los principios esenciales de prestación eficiente y cobertura total de los servicios públicos, consagrados en el artículo 365 de la Carta".

En suma, los contratos de las empresas estatales que prestan servicios públicos, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, se rigen por el derecho privado, a excepción de los casos expresamente señalados en la ley, y sus actos se rigen por lo que establezca su Manual de Contratación.

Además, las diversas interpretaciones dieron lugar a que el Gobierno Nacional formulara una consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, quien expresó que "el régimen de contratación aplicable a las personas prestadoras de servicios públicos, incluyendo a los municipios y a las entidades descentralizadas cuyo objeto a contratar sea la prestación de uno de dichos servicios, **es el previsto por el derecho privado**, con la excepción de la misma Ley 142 y del contrato de concesión, en la forma ya expresada

De manera que la modificación introducida por la Ley 689 de 2001 en el sentido de disponer que los contratos de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios no se rigen por el estatuto general de Contratación de la Administración Pública, salvo los que celebren las entidades territoriales con otras empresas para que asuman la prestación de los servicios, no hace otra cosa que cerrar la discusión sobre los alcances del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, dando claridad y seguridad jurídica a los administradores de las entidades estatales y a los órganos de control del Estado sobre las normas aplicables a los procesos contractuales que aquellas adelanten.





# EMSER E.S.P.

Empresa de Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado  
y Aseo del Líbano - Tolima  
NIT: 890.703.733-7

"EN EL LÍBANO.....TODOS GANAMOS"

## **CONTINUA EL OBSERVANTE**

*De igual manera pretender subsanar el detalle técnico de los repuestos argumentando que son originales, no precisa no corrige las fichas técnicas que deben acompañar el estudio previo pues al denominar llantas delanteras estas no dan orientación de la calidad solicitada y homogénea conque los proponentes participen en igualdad de condiciones, por el contrario, ponen en riesgo a la entidad.*

## **APRECIACIONES DE LA ENTIDAD**

*Esta tipología contractual precisa que los proponentes, deben ofertar el servicio de mano de obra, y en caso que requiera, deben suministrar los repuestos originales de acuerdo con la característica de cada vehículo, está prohibido solicitar marcar, solo se requiere que se suministren los repuestos que garanticen el óptimo funcionamiento del vehículo debe considerar que no existe fórmula mágica que permita establecer que daño pueda tener un vehículo en determinado momento, pues eso depende de las horas de trabajo, el estado de la vía y el uso de cada repuesto.*

## **INQUIETUDES DEL OBSERVANTE**

*Es deber de la entidad publicar el estudio de mercado para tener un estimado de como sacaron el presupuesto el no tenerlo hace que la entidad viole la planeación precontractual*

*De igual manera el hecho de no publicar en el SECOP cuando la circular es muy clara esta hace que su respuesta falte a la verdad*

## **APRECIACIONES DE LA ENTIDAD**

*La publicidad de los actos de la administración, es lo que garantiza la transparencia, los procesos de EMSER, se publican en su página WEB, prueba de ello que es Usted en Bogotá, se enteró con tiempo de observar los contenidos de la necesidad que la entidad necesita del mercado. El presupuesto oficial claramente está definido, un valor para la mano de obra, y un techo presupuestal para los requerimientos de repuestos, que pueden ser los que se relacionan en los estudios previos u otros requerimientos urgentes que se presenten en el trabajo de los aparatos a intervenir.*

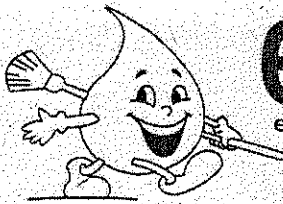
## **PETICION DEL OBSERVANTE**

*Como quiera que la entidad no atendió las observaciones presentadas e incluso entrego respuestas alejadas de la realidad jurídica, me permito solicitar copia de la propuesta económica de la única oferta que fue presentada, autorizo que la misma me sea entregada por este medio electrónico, pues la verdad no entiendo como hizo el proponente para indicar valores a una cantidad de repuestos, llantas y demás sin las debidas características técnicas.*

## **APRECIACIONES DE LA ENTIDAD**

*En la Página de la entidad [www.emseresp.com.co](http://www.emseresp.com.co), puede descargar toda la información del proceso de Invitación Abierta No 003-2019, incluyendo la propuesta presentada, que por principio de transparencia se publica.*





# EMSER E.S.P.

Empresa de Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado  
y Aseo del Líbano - Tolima  
NIT: 890.703.733-7

"EN EL LÍBANO.....TODOS GANAMOS"

## PETICION DEL OBSERVANTE

Por último, reitero la solicitud del estudio del sector y que los procesos sean publicados en el SECOP o como lo determina la circular 020 de Colombia compra eficiente, además solicito me sea explicado como hace la entidad para definir los indicadores financieros.

## APRECIACIONES DE LA ENTIDAD

Se reitera, que la empresa no está obligada a cumplir con los requerimientos del estatuto de contratación, solo se rige por el Manual de Contratación de la Empresa.

## FRENTE A LOS INDICADORES FINANCIEROS

De la lectura del Decreto 1082 de 2015 y el Manual Colombia Compra Eficiente para la determinación y verificación de requisitos habilitantes, el consultor rescata el hecho que, en estos documentos, con especial énfasis en el manual, plantean la idea de establecer unos límites para los indicadores financieros con base en un estudio de mercado. En principio el consultor está de acuerdo con este planteamiento pues en cualquier caso el análisis de indicadores financieros, desde un perspectiva conceptual, solo tiene sentido cuando existen bases de comparación correctamente definidas puesto que se considera una análisis relativo. A pesar de lo anterior, hay evidencia que muestra que estos estudios de mercado que deberían realizar las entidades contratantes con la mayor tecnicidad posible para asegurar resultados consistentes, no se están llevando a cabo de una manera rigurosa.

De esta forma y tomando como referencia los datos proporcionados por el Observatorio de Contratación de la CCI, se puede concluir que en muchos de los procesos de contratación los indicadores financieros son evaluados con base en unos límites que carecen de sentido y justificación, reflejando así una discrecionalidad que podría estar en contra de los principios del proceso de habilitación. Para ilustrar lo anterior, el consultor tomó los datos de los procesos de licitación pública analizados por el Observatorio de Contratación de la CCI y realizó un análisis estadístico básico cuyos resultados se muestran a continuación:

	Liquidez	Endeudamiento	Cobertura de Intereses	Patrimonio	Capital de Trabajo	Rentabilidad del Patrimonio	Rentabilidad de los Activos
Mínimo	1,30	11%	1	0,20	0,11	2%	0%
Máximo	75,00	65%	115	2,00	2,00	30%	25%
Promedio	4,84	49%	7,57	0,59	0,65	9%	6%
Mediana	1,80	50%	3,00	0,50	0,60	8%	5%

Para su conocimiento y fines pertinentes,

Cordial Saludo,

**JAIME ANDRES MORENO SIERRA**  
Gerente (E)

Calle 4 Carrera 13 Esquina Piso 2 - Líbano Tolima - Código Postal: 731014  
Teléfono: (098) 2564347 - Telefax: (098) 2561211  
Línea Emergencias: 3102006133 - contacto@emseresp.com  
www.emseresp.com



Si reciclamos y ahorramos.....todos ganamos.

