

LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN LA CONFORMACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA EN COLOMBIA.

The values of public procurement in the formation of Society of Mixed Economy in Colombia.

LUIS ALEJANDRO VERGEL BRUGÉS¹
ANDREA CAROLINA MAESTRE GONZALEZ²

Resumen

Atendiendo el tema que nos ocupa en este artículo como lo es Sociedades de Economía Mixta (SEM) y sus principios en la contratación estatal, se hace necesario recalcar que esta investigación va dirigida al análisis jurídico y normativo de la figura societaria de la misma, para arribar a la conclusión de que no existe normativa vigente al momento de la escogencia del socio estratégico, lo que deja al albedrío de la entidad contratante las reglas, términos, procedimientos y pasos a seguir en el proceso contractual. Es decir, que ninguna de las modalidades establecidas en la Ley 1150 de 2007, es de obligatoria aplicación al momento de escoger al particular en la conformación de la sociedad de economía mixta, en ese entendido la entidad ofertará de acuerdo a sus consideraciones los requisitos para la escogencia del socio estratégico, lo que, sin lugar a dudas, podría presentar un riesgo para los principios de la contratación estatal.

Básicamente lo que se busca es que no sean vulnerados los principios de la contratación estatal en la escogencia del socio estratégico en la conformación de una sociedad de economía mixta en Colombia, teniendo en cuenta que según el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Así las cosas, se puede expresar en ello, que las normas de la contratación estatal contenidas en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, no contienen disposiciones referentes al proceso de selección del socio que escogerá la entidad estatal a efectos de desarrollar el objeto contractual para el cual se constituya la SEM, quedando una delgada línea entre el arbitrio de la entidad contratante y la vulneración de los principios de la contratación estatal.

¹Abogado y Contador Público de la Universidad Libre de Barranquilla, especialista en Tributación de la Universidad del Norte y Magíster en Tributación Internacional de la Universidad de la Rioja (España), candidato a Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre y especialista en Finanzas Públicas de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP. Lvergel2@gmail.com

²Abogada de la Universidad Popular del Cesar -UPC-. andreamaestregonzalez@hotmail.com

Palabras claves: Principios, Ley 80 de 1993, Sociedades de Economía Mixta, Contratación Pública.

Abstract

Considering the subject that occupies us in this article as it is Societies of Mixed Economy (SEM) and its principles in the state contracting, it is necessary to emphasize that this investigation goes directed to the juridical and normative analysis of the societal figure of the same, to arrive at the conclusion that there is no current regulation at the time of the strategic partner's choice, which leaves the contracting entity the rules, terms, procedures and steps to follow in the contractual process. That is to say, none of the modalities established in Law 1150 of 2007, is of mandatory application at the time of choosing the individual in the conformation of the mixed economy company, in that understood the entity will offer according to its considerations the requirements for the choice of the strategic partner, which could undoubtedly present a risk for the principles of state contracting.

Basically what is sought is that the principles of state contracting in the choice of the strategic partner in shaping a mixed economy society in Colombia are not violated, taking into account that according to article 97 of Law 489 of 1998, the Mixed economy companies are bodies authorized by law, constituted in the form of commercial companies with state contributions and private capital, which develop activities of an industrial or commercial nature in accordance with the rules of Private Law, except for the exceptions enshrined in the law.

Thus, it can be expressed in this, that the state procurement rules contained in Law 80 of 1993 and other concordant norms do not contain provisions regarding the selection process of the partner that the state entity will choose for the purpose of developing the object contract for which the SEM is constituted, leaving a thin line between the discretion of the contracting entity and the violation of the principles of state contracting.

Keywords: Principles, Law 80 of 1993, Societies of Mixed Economy, public contracting

Introducción

La Ley 489 de 1998 contempló en su artículo 97 la figura de las Sociedades de Economía Mixta (en adelante SEM) y otorgó a las entidades estatales la facultad de asociarse con particulares para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. En tal sentido, bajo las formas propias de las sociedades mercantiles se permite la creación de sociedades constituidas entre una persona jurídica de derecho público (entidad estatal) y una persona natural o jurídica de derecho privado (particular) bajo las normas del derecho comercial, salvo contadas excepciones.

Para la creación de las SEM deben atenderse los lineamientos legales y jurisprudenciales señalados para tales efectos, así las cosas, deben cumplirse como mínimo los siguientes requisitos: 1) Su creación se da en virtud de una autorización legal (Ley para entidades nacionales) y (Ordenanzas y Acuerdos para entidades territoriales). 2) Su objeto consiste en la realización de actividades industriales o comerciales y por tanto, su constitución se debe realizar ateniendo las normas contenidas en el Código de Comercio. 3) Su capital se encuentra constituido por aportes de origen privado y aportes de origen estatal. 4) Son entidades descentralizadas por servicios dotadas de personería jurídica, con patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, es decir, sus activos no hacen parte de los recursos del presupuesto general de la nación. Y 5) Se rigen por las normas del derecho privado.³

No obstante lo anteriormente señalado, las normas relativas a la contratación estatal no hacen referencia a la modalidad de selección establecida para escoger el socio (particular) a efectos de conformar la sociedad de economía mixta con la entidad territorial, quedando al arbitrio de la entidad contratante el procedimiento para la escogencia de dicho socio.

En este orden de ideas, las normas de la contratación estatal contenidas en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, no contienen disposiciones referentes al proceso de selección del socio que escogerá la entidad estatal a efectos de desarrollar el objeto contractual para el cual se constituya la SEM, quedando una delgada línea entre el arbitrio de la entidad contratante y la vulneración de los principios de la contratación estatal.

Por su parte, la presente investigación tiene asidero en el considerable aumento de la modalidad de contratación utilizada por las entidades estatales mediante la constitución de una sociedad de economía mixta para adelantar determinado objeto contractual, lo cual, tal como se ha señalado en líneas precedentes, si bien es un mecanismo legal, el procedimiento para la escogencia del socio estratégico no se encuentra reglado en ninguna norma jurídica, lo cual podría devenir en una vulneración de los principios de la contratación pública contenidos en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, al encontrarse al arbitrio de la entidad contratante la selección del socio que conformará la sociedad de economía mixta existe la posibilidad que se vean vulnerados los principios contractuales de Transparencia, Economía, Responsabilidad y Selección Objetiva.

En tal sentido, esta investigación va dirigida al análisis jurídico y normativo de la figura societaria de las SEM, para arribar a la conclusión que no existe normativa vigente al momento de la escogencia del socio estratégico, lo que deja al albedrío de la entidad contratante las reglas, términos, procedimientos y pasos a seguir en el proceso contractual. Es decir, ni la licitación pública, ni el concurso de méritos, ni la selección abreviada, ni ninguna de las modalidades establecidas en la Ley 1150 de 2007, es de obligatoria aplicación al momento de escoger al particular en la conformación de la sociedad de

³COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 489 de 1998.

economía mixta, y en ese entendido la entidad ofertará de acuerdo a sus consideraciones los requisitos para la escogencia del socio estratégico, lo que sin lugar a dudas, podría presentar un riesgo para los principios de la contratación estatal.

De igual forma, es un tema completamente novedoso dado que en Colombia no se ha tratado el tema con profundidad y el aumento de la utilización de este tipo de sociedades ha sido bastante considerable, lo que justifica la realización del presente trabajo.

Metodología

La investigación a desarrollarse será una investigación aplicada atendiendo que se trata de un análisis jurisprudencial y normativo relativo al proceso de selección del socio estratégico en las sociedades de economía mixta.

De igual forma se trata de una investigación exploratoria y descriptiva, teniendo en consideración que se trata de un tema que no ha sido estudiado en profundidad y que permite arribar a conclusiones novedosas que puedan generar un aporte doctrinal a la sociedad.

El método a utilizar es el método de investigación teórica teniendo en cuenta que se trata de observación y análisis de normas constitucionales, legales y jurisprudenciales, así como también de conceptos y circulares expedidas por los órganos de control.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación, se realizará el análisis de la jurisprudencia relacionada con el tema, así como de los distintos procesos contractuales en los cuales se haya constituido una Sociedad de Economía Mixta y que pueden ser consultados en el portal del SECOP. Así mismo, mediante entrevistas a los jefes de las entidades territoriales que hayan utilizado esta modalidad contractual. (fuentes primarias secundarias y terciarias) y en cuanto a las técnicas por el análisis de contenido de textos, normas, jurisprudencia.

Principios de la contratación estatal

La Ley 80 de 1993 fue concebida como una norma de principios, sobre las cuales debe fundarse la actividad contractual del Estado como el principal elemento para cumplir los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 Superior.

En ese orden de ideas, el cuerpo normativo de la Ley en comento trae consigo una serie de principios sobre los que debe orientarse la actividad contractual, específicamente en su artículo 23; aunado a ello, debe tenerse en cuenta que como el ejercicio de la Contratación por parte de las entidades del Estado constituye verdadera función administrativa, deben atenderse también

en materia contractual los principios contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política⁴, artículo 3º de la Ley 489 de 1998⁵ y el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011⁶.

La anterior conclusión no obedece a un criterio caprichoso del autor de este escrito, sino que fue una verdadera línea jurisprudencial trazada por el Honorable Consejo de Estado entre otros en la sentencia de 3 de diciembre de 2007, de la Sala Plena de la Sección Tercera con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa en la cual señaló:

“2.2.1. La ley 80 de 1993 es, entonces, **una ley esencialmente de principios de estirpe constitucional y desarrollo legal**, por oposición al anterior estatuto de contratación (Decreto – ley 222 de 1983) que lo era absolutamente de reglas, lo cual constituye una diferencia sustancial en el entendimiento del estudio del derecho que informa la contratación estatal”.

Luego, en la misma providencia sostuvo el H. Consejo de Estado:

“Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia han esbozado como principios fundamentales del proceso licitatorio los de libertad de concurrencia, igualdad, publicidad y transparencia. La Ley 80 de 1993 consagró como principios de la contratación estatal los de transparencia, economía y responsabilidad, a los cuales ha sumado los de planeación y el de selección objetiva. Por lo demás, el procedimiento precontractual que adelanta la administración, es un típico procedimiento administrativo, sujeto a los principios orientadores de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, señalados en el artículo 3 del C.C.A. y en el artículo 209 de la Carta.”

De la anterior jurisprudencia se aclara que comoquiera que su expedición fue en vigencia del derogado Decreto 01 de 1984 también conocido como Código Contencioso Administrativo C.C.A., su aplicación se entiende remitida a lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

Sentado lo anterior se concluye que, los principios que rigen la contratación estatal serán los contemplados en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 pero deben ser analizados de forma sistemática con lo dispuesto en la norma superior en su artículo 209, y los principios consagrados en la Ley 489/98 y Ley 1437/11 tal como lo señaló el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante, para efectos de delimitar conceptualmente el objeto del presente artículo nos atendremos al análisis de los **principios de igualdad, imparcialidad y selección objetiva**, en los procesos de selección del socio estratégico en la conformación de las sociedades de economía mixta.

⁴**ARTICULO 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

⁵**Artículo 3º.- Principios de la función administrativa.** La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

⁶(...) Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Principio de igualdad

Este principio hace especial énfasis en que todos los particulares puedan concurrir a procesos de selección de contratistas en condiciones de igualdad material y formal.

Cuando hablamos de igualdad material, hacemos referencia a la prohibición de las entidades estatales de imponer condiciones discriminatorias o que atenten contra el principio de selección objetiva; mientras que la igualdad formal versa sobre la justificación legal para otorgar puntajes adicionales a particulares que cumplan ciertas características establecidas en la Ley.

Este principio que es de raigambre constitucional (artículo 13) tiene especial importancia en la contratación estatal pues la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad: de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrativos y de protección de sus intereses y derechos, que se traduce en la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de suerte que los interesados cuenten con idénticas oportunidades en un proceso de contratación; y de una parte, también como garantía para la administración, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable⁷.

Principio de imparcialidad:

Es un desarrollo del principio de igualdad, y básicamente consiste en que en los procesos de selección, no puede haber ningún tipo de designio anticipado, o prevención en contra o en favor de un particular que participe en un proceso precontractual. También consiste en apartar todo tipo de elemento o factor subjetivo desproporcionado que fundamente un trato diferente con un oferente.

Principio de selección objetiva:

Este principio es un deber o regla conducta en la actividad contractual que gobierna de forma transversal todo el proceso precontractual.

Consiste básicamente en que la selección que efectúe la entidad estatal debe realizarse sin tener en cuenta factores de afecto o animadversión hacia algún oferente. Además este principio se concreta en la medida que la entidad estatal elija la oferta más favorable a sus intereses, y cuando se habla de más favorable no sólo se refiere a términos económicos sino también de calidad de los servicios prestados, es decir atendiendo criterios de eficiencia y eficacia.

⁷Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 03 de diciembre de 2007.

Este principio va de la mano con los principios de igualdad e imparcialidad y constituyen el eje axial de toda actividad contractual.

En materia de conformación de las sociedades de economía mixta, como su plexo normativo se encuentra contemplado en normas de derecho privado este principio no resulta de mayor incidencia. No obstante, en el desarrollo de la presente investigación se expondrán los motivos por los que se considera que toda actividad en la cual el Estado se vincule con particulares para ejecutar obras o prestar servicios con recursos públicos debe ser gobernada por las normas de la contratación pública y a su vez con principal observancia de los principios contenidos en la Ley 80 de 1993.

De la conformación de las Sociedades de Economía Mixta

En relación con las normas que regulan el tema objeto de la presente investigación, encontramos diversos elementos normativos de índole constitucional, legal y jurisprudencial que pasaremos a esbozar a continuación, cabe anotar que la Constitución Política se refiere al tema en dos ámbitos, primero las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional y segundo a las del orden territorial:

Así las cosas, el artículo 313 de la Constitución Política de Colombia, así como el artículo 92 del Decreto 1333 de 1986, facultan a los Concejos Municipales a expedir los acuerdos respectivos que “autoricen” al alcalde para la creación de sociedades de economía mixta, tales artículos señalan:

“(…) El artículo 150-7 de la Constitución Política consagra como función del Congreso la de crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y de sociedades de economía mixta. A su vez, los artículos 300-7 y 313-6 de la Carta, disponen lo propio para las asambleas departamentales y concejos municipales respecto de la creación de este tipo de entidades en el orden departamental y municipal.

Asimismo, artículo 313 Constitución Política señala:

“Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. (…)”

De igual forma, el artículo 92 del Decreto 1333 de 1986. Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes: *“4a. Crear, a iniciativa del alcalde, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley. (…)”*

Así, expedido el respectivo Acuerdo o Acta de la Junta conforme a las normas citadas, para la

creación de la Sociedad de Economía Mixta, ésta debe sujetarse a las prescripciones normativas que la regulan, las cuales se encuentran contenidas en la Ley 489 de 1998, artículos 97 en adelante, que rezan de la siguiente manera:

“(…) Artículo 97: Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen. Parágrafo. - Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Artículo 98º.- Condiciones de participación de las entidades públicas. En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella.

Artículo 99º.- Representación de las acciones de la Nación y de las entidades públicas. La representación de las acciones que posean las entidades públicas o la Nación en una Sociedad de Economía Mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha Sociedad. Lo anterior no se aplicará cuando se trate de inversiones temporales de carácter financiero en el mercado bursátil. Cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Estado, su representación corresponderá al respectivo representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos internos.

Por otra parte, la Corte Constitucional en lo referente al tema objeto de investigación señaló entre otras, en la sentencia C-357 de 1994, lo que a continuación se transcribe:

“(…) En la anterior Constitución, el artículo 76, reformado por el 11 del acto legislativo 1º de 1968, asignaba al Congreso, por medio de leyes, la atribución de “expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta, de las empresas industriales o comerciales del Estado (…)”

En similar sentido la sentencia de constitucionalidad C-953 de 1999 señaló:

“(…) Sentado lo anterior, encuentra, la Corte que efectivamente, como lo asevera el actor y lo afirma el señor Procurador General de la Nación, la Carta Política vigente, en el artículo 150, numeral 7, atribuye al legislador la facultad de “crear o autorizar la constitución” de “sociedades de economía mixta”, al igual que en los artículos 300 numeral 7º y 313 numeral 6 dispone lo propio con respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. Ello significa entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta, tan solo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de “mixta” es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades

mercantiles, se persigue por los particulares (...)"

Por su parte, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señaló en concepto de 19 de abril de 1993 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, lo siguiente:

"(...) La autorización legal no basta en este caso. En efecto, como se trata de 'organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales', se requiere, además, la celebración de un contrato de sociedad por parte del Estado, o sus entidades, con los particulares que van a participar en la nueva entidad. Este contrato de sociedad se rige por las normas del Código de Comercio y requiere, por consiguiente, la solemnidad de escritura pública y el registro de esta en la cámara de comercio del domicilio de la sede social (...)"

De las normas transcritas y la jurisprudencia señalada podemos observar que existe regulación respecto de la creación legal de las Sociedades de Economía Mixta, esto es la Ley 498 de 1998, y en el procedimiento de su creación se remite en todo caso a las normas del Código de Comercio en lo relativo a las sociedades comerciales, no obstante, nada se ha dicho respecto de la modalidad en la escogencia del socio estratégico lo cual ha permitido su utilización al arbitrio de las entidades del Estado, siendo este punto de especial importancia teniendo en consideración la exigencia del cumplimiento de los principios de la contratación estatal contenidos en la Ley 80/93 para todo tipo de relación contractual del Estado con los particulares.

Vulneración de los principios de la contratación estatal en la selección del socio estratégico de las SEM.

Una vez analizados los principios de la contratación estatal, y el procedimiento de conformación de las sociedades de economía mixta, encontramos que comoquiera que las SEM se rigen por las normas de derecho privado, al momento de constituirse no es obligatorio para la entidad estatal asociarse con un privado teniendo especial observancia de los principios de la contratación estatal.

En efecto, las sociedades de economía mixta surgen en virtud de un verdadero contrato entre un particular y una entidad pública para el desarrollo de una actividad fue indefectiblemente ejecuta recursos públicos, por lo que a juicio de los suscritos no existe norma expresa que regule la constitución de las SEM con observancia de los principios de la contratación pública.

Debe recordarse, que aun cuando los contratos estatales surgen de la voluntad de las partes, no debe perderse de vista que estos se fundan en el principio de legalidad que rige las actuaciones públicas. Es decir, no debe existir procedimiento administrativo (el de selección del contratista lo es) sin estar debidamente reglado.

En ese sentido, permitir que las normas de derecho privado regulen la creación de las sociedades de economía mixta, en las cuales ingresa patrimonio público, deviene indefectiblemente en una vulneración a los principios de la contratación pública.

Teniendo en cuenta, que el artículo 1º de la Ley 1150 de 2007 establece que: “*La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos*” consideramos que la conformación de las sociedades de economía mixta debe realizarse, no atendiendo lo dispuesto en el Código de Comercio para las sociedades comerciales, sino los mecanismos de selección del contratistas contenidos en la Ley 1150 de 2007 y demás normas del Estatuto Contractual.

Y es que de no realizarse así, estaríamos permitiendo que particulares se vinculen, vía relación contractual, al manejo y ejecución de recursos públicos, luego de efectuar un procedimiento netamente privado, de constitución de una sociedad con su respectiva inscripción en las Cámaras de Comercio.

Por tales razones, hemos considerado, producto del presente análisis, que con el procedimiento de constitución de una sociedad de economía mixta, se vulneran los principios de la Contratación Pública, en especial, el deber de selección objetiva.

En Colombia, existe un antecedente reciente de conformación de una sociedad de economía mixta para la prestación del servicio de alumbrado público, la cual se realizó mediante una convocatoria pública adelantada por el Distrito de Barranquilla, no obstante, esta decisión ha sido objeto de múltiples cuestionamientos legales y se han venido adelantado los procesos disciplinarios pertinentes ante la Procuraduría General de la Nación, por violarse los principios de la contratación pública, pues, a juicio del juzgador disciplinario esto debió realizarse a través del mecanismo de licitación pública.

En ese orden de ideas, la tesis de la Procuraduría General de la Nación no tuvo prosperidad por tanto para la selección de un socio en la conformación de una SEM no es obligatorio realizar una licitación pública, por tanto, según la Ley 489/98 estas se constituyen según las normas de Código de Comercio. No obstante ello, la defensa del Distrito radicó en demostrar que a pesar de no tener la obligación de adelantar un proceso licitatorio, en la escogencia del socio estratégico se realizó una convocatoria pública en la cual se respetó la libre concurrencia de los oferentes, permitiendo que se presentaran aproximadamente 8 propuestas y al final se escogiera entre 2 proponentes según las reglas previamente establecidas. Así, se honró el principio de selección objetiva del contratista.

Sin embargo, en el asunto bajo estudio, el Distrito de Barranquilla, efectuó una convocatoria que no tiene su sustento en ninguna norma que lo regule, el procedimiento fue adelantado respetando los principios de la contratación en especial el de selección objetiva, empero, al no ser un procedimiento obligatorio, por no estar consagrado en la norma jurídica, que sucedería cuando una entidad decida conformar una economía mixta solamente con un particular sin

acudir a un procedimiento público, transparente e imparcial?. A juicio del grupo no existiría sanción alguna ni disciplinaria ni fiscal, ni penal, por tanto las reglas de conformación de estas sociedades como se ha dicho reiteradamente son las contenidas en el Código de Comercio, y en consecuencia no se estaría vulnerando ninguna disposición legal.

Por todo lo anterior, consideramos proponer una reforma a la Ley 489 de 1998 y adicionar un párrafo a la Ley 1150 de 2007 en el cual se disponga que los procedimientos de escogencia de socios para la conformación de sociedades de economía mixta debe hacerse a través del mecanismo de licitación pública, selección abreviada o mínima cuantía según el monto de los aportes de las socios de la futura SEM, para así contar con reglas claras, que honren el principio de legalidad que rige las actuaciones de la administración sin que se encuentre al arbitrio de la entidad el procedimiento para vincular particulares a la prestación de servicios públicos a través de la constitución de una sociedad de economía mixta.

RESULTADOS

Del análisis efectuado, surgen al rompe unos resultados referentes a la necesidad de realizar una reforma a la Ley 1150 de 2007 y la Ley 489 de 1998 en lo referente a la conformación de las sociedades de economía mixta, puesto que, no puede acudir a normas de derecho privado para definir procedimientos que posteriormente permitirán a los particulares disponer sobre recursos públicos.

Otra discusión surge, si las modificaciones propuestas pueden realizarse vía Decreto reglamentario de la Ley 1150 de 2007, no obstante, concluimos que dicho mecanismo no era el indicado por tanto, la única forma de modificar una Ley vigente es a través de otra Ley, pues, en derecho las cosas se deshacen de la misma forma que se hacen, y mal podría un decreto proveniente del Ejecutivo, modificar unas disposiciones proferidas por el Legislativo.

Luego es claro para el grupo, que dejar al arbitrio de las entidades estatales las reglas para escoger el socio en las SEM representa un riesgo mayúsculo sobre los principios de la contratación pública.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo efectuamos una análisis de los principios de la contratación estatal y del procedimiento de conformación de las Sociedades de Economía Mixta en Colombia y llegamos a la irrefragable conclusión que no puede estarse regulado por normas de derecho privado por tanto al tratarse de recursos públicos estos deben vincular a los particulares mediante los procedimientos establecidos en el estatuto de contratación pública.

No hacerlo, es dejar al arbitrio de las entidades estatales si seguir o no procedimientos públicos,

transparentes, en condiciones de igualdad para escoger el particular con el que hará sociedad y desarrollará determinada actividad en cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Lo anterior es cierto en el entendido que el procedimiento administrativo mediante el cual se vincula un particular a la administración para desarrollar una actividad contractual debe ser reglado, y no deben existir vacíos en su aplicación.

Es evidente, que si no existen normas que regulen el procedimiento de creación de las SEM atendiendo criterios objetivos de selección se verán vulnerados los principios de la contratación estatal.

Por ende, se impone necesario efectuar una modificación a las normas de creación de las sociedades de economía mixta y así no continúen siendo un instrumento mediante el cual las entidades del estado contratan con particulares en virtud de dicha figura societaria sin tener atención de cualquier principio de selección objetiva o libre competencia.

BIBLIOGRAFÍA.

1. FRASSER, CARLOS (2015) "La constitución de una sociedad de economía mixta por parte de una universidad pública" Revista digital de derecho administrativo No.
2. 13. Universidad Externado de Colombia. P. 135. Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/viewFile/4189/4635>
3. NOGUERA DE LA MUELA, BELEN (2012), "Las sociedades de economía mixta como técnica institucional de colaboración pública-privada en el Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público", recuperado de: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.50/relcategoria.121/reImenu.3/chk.d38367a4231a7ec12e8af66e915269c1>
4. RODRIGUEZ, LIBARDO (2012) "Derecho Administrativo - General y colombiano" 16ª Edición. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
5. Nader Orfale, R. (2014). Descentralización, participación ciudadana y gobierno local en Colombia. *Advocatus*, 11(22), 22-25. Recuperado a partir de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/advocatus/article/view/3566>
6. Peña Orozco, C., Herrera Delgham, L., & Salazar Manrique, J. (2016). Participación ciudadana a través de los medios de comunicación como legitimación de la democracia participativa en Colombia. *Advocatus*, (26), 145-153. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.26.942>
7. Osorio Gutiérrez, M. (2015). Establecimiento de comercio en relación con los hosting web. *Advocatus*, (24), 67-77. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.24.984>

8. Sayas Contreras, R., & Medina Arteta, R. (2016). Caracterización de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el marco de la protección de los derechos del consumidor. *Advocatus*, 14(27), 117-131. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.27.930>
9. Ruiz Romero, M. (2015). Importancia que tiene la valoración de la criminalidad en la seguridad ciudadana. *Advocatus*, (24), 79-94. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.24.987>
10. Arregocés, F., & Latorre Iglesias, E. (2014). Caracterización de la formación y estructuración de las bandas criminales en el departamento del magdalena. *Advocatus*, 11(22), 261-279. Recuperado a partir de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/advocatus/article/view/3581>
11. Presidencia de la República. (25 de abril de 1986) Decreto 1333 de 1986. Constitución Política de Colombia. (1991).
12. Congreso de la República. (29 de diciembre de 1998) Ley 489 de 1998.
13. Congreso de la República. (28 de octubre de 1993) Ley 80 de 1993.
14. Congreso de la República. (16 de julio de 2007) Ley 1150 de 2007.
15. Congreso de la República. (18 de enero de 2011) Ley 1437 de 2011.
16. Corte Constitucional. Sala Plena. (11 de agosto de 1994) Sentencia C-357 de 1994. (MP: Jorge Arango Mejía)
17. Corte Constitucional. Sala Plena. (1º de diciembre de 1999) Sentencia C-953 de 1999. (MP: Alfredo Beltrán Sierra)
18. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (13 de abril de 1993) Concepto No. 506. (CP: Roberto Suárez Franco)
19. Consejo de Estado. Sala Plena. Sección Tercera. (3 de diciembre de 2007) (CP: Ruth Stella Correa).