

# Aspectos relevantes del régimen presupuestal de las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas

## Relevant Aspects of the Budgetary Regime Belonging to Mixed and Official Public Service Companies

**Recibido:** 25 de mayo de 2011  
**Evaluado:** 17 de octubre de 2011  
**Aceptado:** 23 de julio de 2012

### **Omar Alfonso Ochoa Maldonado (Colombia)**

Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá

Abogado por la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas por la Universidad de los Andes y en Derecho Constitucional y en Derecho Privado Económico por la Universidad Nacional de Colombia. Docente ocasional de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de Universidad Nacional de Colombia.

Correo electrónico: oaochoam@unal.edu.co

### **Resumen**

Para efectos presupuestales, las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas tienen un tratamiento diferencial frente al común de las entidades estatales, a causa del especial objeto social que explotan y porque se encuentran inmersas por regla general en mercados competitivos que obligan a la adopción de un esquema dúctil sobre el manejo financiero. Este artículo pretende adentrarse en el estudio de las particularidades que regulan el régimen presupuestal de este tipo de entidades, resaltando sus aspectos más relevantes a la luz de la normativa vigente en materia fiscal.

**Palabras clave:** servicios públicos, régimen presupuestal, presupuesto público, política fiscal, servicios públicos domiciliarios.

### **Abstract**

Regarding budget, mixed and official public service companies are treated differently when compared to the regular state institutions. This is due to their special corporate purpose and to the fact that they are by default immersed in competitive markets that force them to adopt an adaptable scheme vis-à-vis financial management. This article aims to penetrate into the study of the peculiarities that regulate the budgetary regime of this type of entities in order to highlight its most relevant aspects regarding the current valid regulation in tax matters.

**Keywords:** public services, budgetary regime, public budget, fiscal policy, household public services.

## Introducción

En el devenir cotidiano del accionar público es común enfrentarse a situaciones de excepción del manejo de recursos públicos, cuyo desconocimiento puede generar responsabilidades de diversa índole hacia el gestor fiscal, lo cual inexorablemente obliga al estudio y aplicación de las particularidades normativas que regulan la forma de ejecución de los presupuestos públicos, en organizaciones que, como las empresas de servicios públicos, a veces oscilan entre la flexibilidad propia del régimen de derecho privado y las rigideces inherentes al carácter público que algunas de ellas muestran. A título ilustrativo, cabe indicar que para que estemos en presencia de un servicio público domiciliario deben concurrir tres elementos, a saber:

- Que el servicio se reciba en el domicilio, que bien puede ser el lugar donde se habita o se trabaja, pero que en términos más genéricos y amplios es el lugar donde las personas pueden ser localizadas.
- Que se preste mediante una red física o humana.
- Que a través de las facilidades que prestan se satisfagan necesidades esenciales de los usuarios que merecen tener una especial protección por parte del Estado (Atehortúa, 2004, p. 45).

El propósito de este artículo es resaltar algunos aspectos que estimamos relevantes para la cabal comprensión del manejo presupuestal propio de las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, a la luz de las normas fiscales que disciplinan la materia.

Para el efecto, realizaremos una somera descripción del tratamiento normativo aplicable a este tipo de entidades sobre el manejo presupuestal, para arribar al estudio de algunos aspectos puntuales que deben observarse por parte de los ordenadores de gasto sobre el rezago presupuestal, la sunción de compromisos con cargo a vigencias futuras, así como la aprobación y modificación de presupuestos públicos en este tipo de entidades estatales.

## Régimen presupuestal aplicable a las empresas de servicios públicos (oficiales y mixtas)

En primer lugar, cabe destacar que de conformidad con lo establecido en el artículo 151 de la Constitución Política, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones corresponden a aquellas leyes denominadas *orgánicas*, lo cual implica que aquellas disciplinan la forma como se desarrolla la facultad legislativa y hacen parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu*, y en cuanto tal constituyen parámetro de juzgamiento en esa materia<sup>1</sup>.

1 Sobre el especial rango que en el ordenamiento comportan las leyes orgánicas, mediante Sentencia C-238 de 2010 la Corte Constitucional ha expresado: "En uniforme jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado que la revisión de constitucionalidad de asuntos sometidos a su competencia, no solo se realiza frente al texto formal de la Constitución Política y aquellas disposiciones que tengan rango constitucional según lo haya señalado la propia Constitución (bloque de constitucionalidad *stricto sensu*) sino que dicha revisión también es posible con base en

Por su parte, los artículos 352 y 353 de raigambre superior señalan expresamente que los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel se encuentran sujetos a las disposiciones consignadas en la respectiva ley orgánica.

En desarrollo de los anteriores postulados de talante constitucional, se expidió por parte del legislativo la Ley 225 de 1995, la cual en su artículo 24 autorizó al Gobierno nacional para compilar las normas de esa ley, así como las leyes 38 de 1989 y 179 de 1994, sin cambiar su redacción ni contenido; en ejercicio de cuya facultad se expidió por el ejecutivo el Decreto 111 de 1996, que compila las leyes orgánicas que conforman el actual Estatuto Orgánico del Presupuesto<sup>2</sup>.

---

normas que son parámetros válidos para analizar la constitucionalidad de este orden de ideas, y acorde con las disposiciones sometidas a su control (Bloque de constitucionalidad *lato sensu*). En jurisprudencia constitucional, hacen parte del bloque de constitucionalidad —sentido lato— los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Constitución, las *leyes orgánicas* y las leyes estatutarias en algunas ocasiones” [Resaltado fuera de texto]. En general, sobre las leyes orgánicas pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-478 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-089A de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-546 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-538 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz y C-540 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

2. A las citadas disposiciones, es menester adicionar las siguientes leyes: 617 de 2000, “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”; 819 de 2003, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”, y más recientemente la Ley 1473 de 2011 “Por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones”.

El Estatuto dispone en su artículo 3 lo siguiente:

**Artículo 3. Cobertura del Estatuto:**

Consta de dos (2) niveles: Un primer nivel que corresponde al Presupuesto General de la Nación, compuesto por los presupuestos de los Establecimientos Públicos del orden nacional y el Presupuesto Nacional. [...]

Un segundo nivel, que incluye la fijación de metas financieras a todo el sector público y la distribución de los excedentes financieros de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y de las Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga.

A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas se les aplicarán las normas que expresamente las mencione (Ley 38 de 1989, art. 2, Ley 179 de 1994, art. 11).

Nótese cómo una conclusión preliminar nos conduce a afirmar que en el concepto *presupuesto general de la nación* no se enmarcan las empresas industriales y comerciales del Estado ni las sociedades de economía mixta, y que, en consecuencia, solo cuando el estatuto presupuestal mencione expresamente esa tipología especial de entidades descentralizadas por servicios será procedente la aplicación de las normas presupuestales a esos organismos. Dicha precisión es relevante para la temática *sub examine*, por cuanto la citada norma orgánica de presupuesto las asimila a empresas industriales y comerciales del Estado, cuandoquiera que la participación pública en el capital sea igual o superior a 90 % del total de su composición patrimonial.

En efecto, el texto que regula esa materia establece:

**“Artículo 5.** Las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la Nación o sus entidades descentralizadas posean el 90% o más, tendrán para efectos presupuestales el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. Para los mismos efectos, las empresas sociales del Estado del orden nacional que constituyan una categoría especial de entidad pública descentralizada, se sujetarán al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado [Resaltado fuera de texto].

Según la citada normativa, a las empresas de servicios públicos oficiales y las mixtas les son aplicables las disposiciones de naturaleza fiscal que regulan el proceder de las empresas industriales y comerciales del Estado, lo cual se traduce en que su presupuesto no hace parte del concepto presupuesto general de la nación, dado que por su naturaleza escapan al ámbito de cobertura de esta categoría.

De acuerdo con el régimen de los servicios públicos domiciliarios contenido en la Ley 142 de 1994,

Sobre la base de una interpretación sistemática, las empresas de servicios públicos domiciliarios deben organizarse bajo la forma jurídica de sociedades por acciones, pero al mismo tiempo se permite, por vía excepcional o residual, organizarse jurídicamente como empresas industriales y comerciales del Estado (Moreno, 2001, p. 81).

Es entonces a esta especial tipología de entidades estatales a la que se refiere la norma en estudio.

Es necesario destacar la importancia de tal división, en cuanto las empresas de servicios públicos (ESP) constituyen una categoría especial de entidades en materia presupuestal, de lo cual deviene su especial tratamiento. En efecto,

La estructura presupuestaria no es pues, una cuestión simplemente formal, sino el reflejo de factores que influyen en las decisiones de gasto y por consiguiente, de las concepciones que se tiene acerca del presupuesto en su conjunto, y permite establecer equilibrios, déficit o superávit; identificar fuentes prioritarias de financiación; observación de la justicia en el gasto, etc. (Piza, 2010, p. 178).

Frente a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta de naturaleza financiera, el régimen presupuestal se encuentra definido en la Resolución 2416 de 1997, expedida por la entonces Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia.

## Aspectos puntuales del manejo presupuestal de las empresas de servicios públicos de naturaleza pública

En consonancia con lo dispuesto frente al régimen aplicable a este tipo de entidades estatales, debe atenderse lo previsto en el artículo 96 de la misma Norma Orgánica de Presupuesto, el cual establece:

**Artículo 96.** A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta con régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, dedicadas a actividades no financieras, le son aplicables los principios presupuestales contenidos en la Ley Orgánica del Presupuesto con excepción del de inembargabilidad.

Le corresponde al Gobierno establecer las directrices y controles que estos órganos deben cumplir en la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos, así como de la inversión de sus excedentes.

De esta normativa, se desprenden varias consecuencias frente al manejo presupuestal de este tipo de entidades. Por un lado, su régimen fiscal, que incluye la preparación, aprobación y ejecución de su presupuesto, debe supeditarse a los principios orientadores establecidos en el Estatuto, esto es, planificación, anualidad, universalidad, unidad de caja, programación integral, especialización, coherencia macroeconómica y homeostasis presupuestal, excluyendo en forma expresa el principio de inembargabilidad, prerrogativa exorbitante de la cual no gozan las empresas de servicios públicos oficiales o mixtas asimiladas, a causa de su especial objeto social de naturaleza comercial e industrial que las pone en pie de igualdad con otras unidades productivas dedicadas a la explotación de objetos sociales análogos, lo cual obliga a establecerles un régimen consecuente con las realidades competitivas en el seno de unos mercados regulados, sin que para el efecto cuenten con facultades exorbitantes que desvirtuarían en la práctica esa libre interacción competitiva.

Sobre este principio ha señalado la doctrina:

La legislación Colombiana incluye este extraño principio presupuestal que no acostumbra ser mencionado como tal ni por la doctrina ni por ninguna legislación positiva que conozcamos. La razón de esta previsión obedece al afán de proteger los dineros públicos de las constantes acciones ejecutivas y de embargos [de] que era objeto antes de que existiera con carácter positivo este principio (Restrepo, 2007, p. 227).

Igualmente, el Gobierno nacional tiene la competencia para señalar el régimen de inversión de sus excedentes de liquidez de este tipo de entidades, circunstancia que se materializó con la expedición del Decreto 1525 de 2008 “Por el cual se dictan normas relacionadas con la inversión de los recursos de las entidades estatales del orden nacional y territorial”, en cuyos capítulos 2 y 3 se disciplina la forma como las empresas de servicios públicos del orden nacional deben proceder en la constitución de activos financieros, y lo propio ocurre en el capítulo 4 con lo referente a las empresas de esa misma naturaleza, pero en el plano territorial.

Frente a ese particular, ha señalado la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios:

El artículo 96 del Estatuto Orgánico del Sistema Presupuestal determina los aspectos que en esta materia le son aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado dedicadas a actividades no financieras, e igualmente en la citada norma se defiere al Gobierno Nacional la facultad para establecer las directrices y controles que estos órganos deben cumplir en la elaboración, aprobación, conformación y ejecución de sus presupuestos, así como la inversión de sus excedentes, Concepto SSPD-OJ-2008-018).

Ahora bien, sobre el manejo detallado de su presupuesto, el Gobierno nacional en desarrollo de las atribuciones contenidas en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, y en ejercicio de su facultad reglamentaria, expidió el Decreto 115 de 1996 “Por el cual se establecen normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquellas, dedicadas a actividades no financieras”, normativa que establece en su artículo 1:

**Artículo 1.** El presente Decreto se aplica a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquellas, del orden nacional dedicadas a actividades no financieras, y a aquellas entidades del orden nacional que la ley les establezca para efectos presupuestales el régimen de Empresas Industriales y Comerciales del Estado. En adelante se denominarán empresas en este decreto.

A la luz de esta norma, el campo de aplicación del Decreto 115 de 1996, se circunscribe a las entidades del nivel nacional con régimen presupuestal de empresas industriales y comerciales del Estado, entre las cuales se encuentran las empresas oficiales de servicios públicos y las de naturaleza mixta asimiladas a causa de su participación pública.

Las diferencias más conocidas del manejo del presupuesto de este tipo de empresas es la adición del concepto *disponibilidad inicial*<sup>3</sup> en su presupuesto de

3 La disponibilidad inicial corresponde al saldo en caja, bancos e inversiones temporales, proyectado a 31 de diciembre de cada vigencia, excluyendo los dineros

ingresos aparte de los conceptos genéricamente manejados en los presupuestos de rentas públicas y de operación comercial<sup>4</sup> en lo referente al presupuesto de gastos. Igualmente, tratándose de esta clase de entidades, no se aplica el concepto *reservas presupuestales* dado que su rezago presupuestal se maneja exclusivamente a través de las llamadas *cuentas por pagar*<sup>5</sup>.

Uno de los temas con tratamiento particular de las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas asimiladas es el referente al manejo del principio de anualidad, tratándose de la asunción de compromisos con cargo a vigencias futuras, cuandoquiera que el proyecto o programa por desarrollar abarque más de una vigencia fiscal.

La regla general nos indica, en aplicación del principio de anualidad, que para pactar la recepción de bienes y servicios en vigencias siguientes a la de celebración del compromiso, se debe contar previamente con una autorización por parte del Consejo Superior de Política Fiscal (Confis)<sup>6</sup> o

---

recaudados que pertenecen a terceros, y por lo tanto no tiene ningún efecto presupuestal.

- 4 Son gastos que realizan las empresas para adquirir bienes y servicios que participan directamente en el proceso de producción o que se destinan a comercialización.
- 5 Una cuenta por pagar se debe constituir cuando el bien o servicio se ha recibido a satisfacción antes del 31 de diciembre, pero no se le ha pagado al contratista o cuando en desarrollo de un contrato estatal se han pactado anticipos y estos no han sido cancelados.
- 6 Sobre la composición y estructura del Confis, el artículo 25 de la Norma Orgánica de Presupuesto establece: **Artículo 25.** Naturaleza y composición del Consejo Superior de Política Fiscal. El CONFIS estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, será el rector de la política fiscal y coordinará el sistema presupuestal. El CONFIS estará integrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público quien [que] lo presidirá, el Director del Departamento Administra-

de quien este delegue, de acuerdo con lo establecido en la ley, para asumir obligaciones con cargo a presupuestos de vigencias futuras (artículo 1, Decreto 1957 de 2007, modificado por el artículo 3 del Decreto 4836 de 2011).

Sobre las empresas de servicios públicos, el artículo 11 del Decreto 115 de 1996 establece:

**Artículo 11.** El Consejo Superior de Política Fiscal —CONFIS— o quien éste delegue, previo concepto técnico-económico del ministerio respectivo, podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso [Resaltado fuera de texto].

El supuesto normativo descrito se refiere a las denominadas *vigencias futuras ordinarias*, las cuales se caracterizan por contar con apropiación disponible en el año en el cual se solicita la respectiva autorización. A su vez, esta clase de vigencias puede amparar compromisos tanto de gastos de funcionamiento como de inversión.

Frente a vigencias extraordinarias, señala la normativa:

El CONFIS, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el

presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización.

Cuando las anteriores autorizaciones afecten el presupuesto de gastos de inversión, se requerirá el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación [Resaltado fuera de texto].

En este caso, se trata de las denominadas *vigencias futuras excepcionales*, las cuales, contrariamente a las de naturaleza ordinaria, solo se pueden utilizar para gastos de inversión, y dentro de ellos, únicamente en los sectores enunciados en el contenido de ese supuesto. Además, este tipo de vigencias futuras no cuentan con apropiación presupuestal en el año en el cual se solicita la respectiva autorización.

Dichas autorizaciones deben ser absolutamente consecuentes con el marco fiscal de mediano plazo, instrumento respecto del cual es pertinente señalar lo siguiente:

El plan de desarrollo, debe contemplar la definición de un marco fiscal de mediano plazo y la articulación de las metas a alcanzar en materia de inversión y finanzas para el periodo de gobierno y para los próximos diez años. Este marco debe contener como mínimo un plan financiero, un programa macroeconómico plurianual, las metas de superávit primario, el nivel de deuda pública y un análisis de sostenibilidad. También un informe de resultados macroeconómicos y fiscales de la vigencia anterior al marco [...] (Escobar et al., 2007, p. 491).

Hay resaltar que tratándose de contratos de empréstitos y las contrapartidas que en estos se estipulen, es decir, operaciones de crédito público a que se refiere el parágrafo 2 del artículo 42 de la Ley

---

tivo de Planeación Nacional, el Consejero Económico de la Presidencia de la República o quien haga sus veces, los Viceministros de Hacienda, los directores generales de Presupuesto Nacional, Crédito Público, Impuestos y Aduanas, y del Tesoro (Ley 38/89, artículo 18, Ley 179/94, artículo 11).



80 de 1993 y el Decreto 2681 de 1993, entre otros, este tipo de actos jurídicos que suelen abarcar varias vigencias fiscales no requerirán de la autorización del Confis para la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras. Estos contratos se regirán por las normas que regulan las operaciones de crédito público, y para su perfeccionamiento no es menester contar con autorización para comprometer vigencias futuras. Una vez autorizadas por el Confis las respectivas vigencias futuras, los recursos necesarios para desarrollar estas actividades deberán ser incorporados en los presupuestos de la vigencia fiscal correspondiente.

Cabe resaltar que tratándose de entidades del orden territorial, incluidas las empresas de servicios públicos oficiales o mixtas de ese orden administrativo, por disposición expresa de la Ley 358 de 1997<sup>7</sup>, solo podrán endeudarse para financiar gastos de inversión, lo cual descarta de plano la posibilidad de acudir al endeudamiento para sufragar gastos de funcionamiento o asociados al servicio a la deuda pública.

Los límites al endeudamiento, sobre todo en el ámbito territorial, pretenden disciplinar el manejo de las finanzas públicas territoriales, las más de las veces esquilmas por administraciones negligentes y con serios vicios de corrupción, circunstancia que ha llevado, incluso, a replantear el esquema de transferencias nacionales a

las entidades territoriales como una causa del agudo déficit fiscal estructural de las finanzas del Gobierno central. Sobre ese particular se ha señalado:

Así mismo el grado de endeudamiento de la Nación especialmente el de los entes territoriales ha venido incrementándose. La respuesta inicial y parcial fue adoptar la Ley 358 de 1997. Posteriormente se aprobó el esquema de transferencias no sujetas a los vaivenes de los ingresos corrientes nacionales sino al [producto interno bruto] PIB a partir de una suma cierta que se refleja en el presupuesto nacional. Finalmente con la Ley 819 se adoptan criterios de transparencia, estabilidad y disciplina fiscal (Velazco, 2009, pp. 95-96).

Sobre esta temática, es pertinente remitirnos al contenido de la Ley 819 de 2003 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”, la cual en sus artículos 10 y 11 define qué se entiende por vigencias futuras ordinarias y extraordinarias, ratificando los postulados ya contenidos desde 1996 para las empresas industriales y comerciales del Estado, en el Decreto 115 de ese año.

Por otro lado, cabe resaltar que en forma genérica la Ley 819 de 2003 proscribió la posibilidad de comprometer vigencias futuras por un lapso que comprenda más allá del periodo de gobierno respectivo, en los diferentes órdenes nacional o territorial. Dicha circunstancia general se matiza en el evento de contar con la declaratoria de importancia estratégica que en tal sentido imparta el Conpes<sup>8</sup> previa viabilidad fiscal

7 Establece el parágrafo del artículo 2 de la Ley 358 de 1997: “Las operaciones de crédito público de que trata la presente Ley deberán destinarse únicamente a financiar gastos de inversión. Se exceptúan de lo anterior los créditos de corto plazo, de refinanciación de deuda vigente o los adquiridos para indemnizaciones de personal en procesos de reducción de planta. Para los efectos de este parágrafo se entenderá por inversión lo que se define por tal en el Estatuto Orgánico del Presupuesto”.

8 El Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) fue creado por la Ley 19 de 1958. Esta es la máxima autoridad nacional de planeación y se des-



calificada a su vez por el Confis. En este caso excepcional, sería procedente comprometer presupuestos correspondientes a vigencias fiscales que trasciendan el respectivo periodo del presidente de la República o del gobernador o alcalde de turno.

Sobre esa materia y frente a las empresas industriales y comerciales del Estado y en consecuencia sobre las empresas de servicios públicos, el Decreto 4730 de 2005 “Por el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto” establece:

**Artículo 23. Viabilidad fiscal para la aprobación de vigencias futuras excepcionales.** Los proyectos de inversión que requieran vigencias futuras excepcionales y superen el respectivo período de Gobierno, **deben contar con el aval fiscal por parte del CONFIS, antes de su declaratoria de importancia estratégica por parte del CONPES.**

**La presente disposición se aplica a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquellas,** del orden nacional dedicadas a actividades no financieras.

---

empeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país. Para lograrlo, coordina y orienta a los organismos encargados de la dirección económica y social en el Gobierno, a través del estudio y aprobación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales que son presentados en sesión. El Conpes actúa bajo la dirección del presidente de la República y lo componen los ministros de Relaciones Exteriores, Hacienda, Agricultura, Desarrollo, Trabajo, Transporte, Comercio Exterior, Medio Ambiente y Cultura, el director del Departamento Nacional de Planeación (DNP), los gerentes del Banco de la República y de la Federación Nacional de Cafeteros, así como el director de Asuntos para las Comunidades Negras del Ministerio del Interior y el director para la Equidad de la Mujer.

Dicho postulado ratifica el procedimiento descrito sobre los compromisos con cargo a vigencias futuras de este tipo de entidades.

Sobre el particular, es pertinente remitirnos al contenido de una reciente sentencia del Consejo de Estado<sup>9</sup>, que declaró la nulidad de una ordenanza de la Asamblea Departamental del Casanare, a través de la cual se le otorgó al gobernador de ese departamento facultades para comprometer recursos departamentales con miras a la estructura financiera del respectivo plan departamental de aguas, en la cual esa alta corporación señaló con claridad que en este momento no existía el asidero normativo que permita a las entidades territoriales autorizar vigencias futuras excepcionales, por cuanto dicha autorización debía emanar de una ley que revista el carácter de orgánica, por tratarse de una materia que tiene tal reserva legislativa y, en consecuencia, leyes diferentes, como la que contenía el anterior Plan Nacional de Desarrollo — Ley 1151 de 2007—, no eran el mecanismo constitucionalmente idóneo para tal fin.

En consecuencia, el Gobierno nacional impulsó con mensaje de urgencia en el seno del Congreso de la República una iniciativa que busca vía ley orgánica otorgar esas facultades a las entidades territoriales, las cuales —se reitera, a la luz de la referida sentencia— no tendrían competencia para autorizar ese tipo de vigencias futuras excepcionales.

Fruto de esa gestión se expidió recientemente la Ley 1483 de 2011 “Por medio de la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal para las entidades

---

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejera ponente: María Claudia Gómez Lasso. Referencia 2009-0900032-02.

territoriales”, la cual autoriza expresamente a las entidades territoriales la asunción de compromisos con cargo a vigencias futuras excepcionales aprobadas por los concejos y las asambleas, pero para determinados sectores de inversión pública exclusivamente, a saber: infraestructura, energía, comunicaciones y gasto público social de saneamiento ambiental, agua potable, educación y salud, previa viabilización de los respectivos proyectos de inversión.

Igualmente, la norma en comento establece que para la declaratoria de importancia estratégica de un proyecto de inversión que pretenda trascender el respectivo periodo de gobierno del alcalde o gobernador, como límite natural se debe contar con el aval del correspondiente consejo de gobierno, el cual debe estar sustentado en estudios técnicos idóneos de acuerdo con la reglamentación que sobre el particular expida el Gobierno nacional. Frente a la trascendencia de las funciones de los entes territoriales a que hemos hecho referencia, es pertinente destacar:

El municipio, en ejercicio de la función pública y en atención al artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, debe proveer bienes y servicios esenciales a la comunidad en condiciones de total garantía, calidad, suficiencia, continuidad y oportunidad pues a través de dichos bienes y servicios el ente territorial tiene un instrumento que coadyuva a la justicia social, la promoción de las condiciones de igualdad, y por tanto de calidad de vida y la reducción de exclusiones (Sánchez, 2009, p. 48).

Otro tema importante es el referente a la aprobación y modificación de los presupuestos de las empresas de servicios públicos oficiales y asimiladas. Con relación a este,

el artículo 36 del Decreto 115 establece la posibilidad de la delegación por parte del Confis, en las juntas o consejos directivos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta sometidas al régimen de aquellas, para la aprobación y modificación de sus presupuestos, conforme con las directrices generales que ese consejo establezca, y siempre que se cumplan con los siguientes requisitos:

- Desarrollen su objeto social en competencia con otros agentes o se desempeñen en mercados regulados.
- Cuenten con prácticas de buen gobierno corporativo que garanticen, entre otros, la protección de sus accionistas minoritarios e inversionistas, la transparencia y revelación de información, el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los órganos sociales y administradores en materia presupuestal y financiera y una política de dividendos y constitución de reservas, derivadas de códigos de buen gobierno adoptados en cumplimiento de estipulaciones estatutarias o legales que definirán su contenido mínimo.
- Acreditar una calificación anual de riesgo crediticio mayor o igual a AA o su equivalente, otorgada por una entidad calificadora de riesgo debidamente acreditada en el país.

A su vez, el Confis debe verificar el cumplimiento de las mencionadas delegaciones a través de la Secretaría Ejecutiva. En caso de que la empresa no cumpla con todos los requisitos, se sujetará al régimen presupuestal previsto en el Decreto 115 de 1996.

Frente a este aspecto en particular, cabe señalar que la empresa de servicios

públicos oficial o mixta asimilada podrá ser sujeto pasible de la delegación por parte del Confis para aprobar de forma autónoma sus compromisos con cargo a vigencias futuras, siempre y cuando acredite los supuestos reseñados. El primero de ellos es inherente a la naturaleza de los servicios públicos domiciliarios; se trata de un mercado sometido a regulación estatal y en competencia, salvo los casos de monopolios naturales también sujetos a regulación técnica especializada (arts. 367 y 370 de la Constitución Política).

Frente al segundo requisito, se trata de la adopción de prácticas de gobierno corporativo que propendan a la toma de decisiones en el interior de los organismos facultados estatutariamente para tal fin, en condiciones de transparencia, imparcialidad y en beneficio integral del ente económico.

Vale la pena resaltar que las empresas de servicios públicos domiciliarios, que a su vez tienen la calidad de emisores en el mercado de valores, deben necesariamente cumplir con estos requerimientos por cuanto se trata de entidades sometidas a control de la Superintendencia Financiera, y para lograr su inscripción en el Sistema Integral de Información del Mercado de Valores (Simev) deben acreditar que han ajustado su estructura interna a los postulados de gobierno corporativo que garanticen la existencia de controles internos funcionales y de mecanismos para hacer efectivos los derechos de los accionistas minoritarios, tal como acontece con la obligación de que al menos la cuarta parte de sus juntas directivas esté compuesta por miembros independientes<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Sobre el particular establece la Ley 964 de 2005 en su artículo 44: "Artículo 44. *Juntas directivas de los emisores de valores.* Las juntas directivas de los emisores de

Por otro lado, la calificación de riesgo crediticio debe provenir de una sociedad calificadora de riesgo autorizada para actuar en el país y, en consecuencia, sometida a vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, inscrita como tal en el registro de Agentes del Mercado de Valores. Para el efecto, será necesario suscribir el respectivo contrato con la sociedad calificadora y mantener actualizada la mencionada calificación, la cual es adicionalmente requisito para acceder a recursos de capital, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 610 de 2002, tratándose de entidades descentralizadas del orden territorial.

Finalmente, la Ley 1485 de 2011, "Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiaaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2012", establece:

**Artículo 84.** En las empresas de servicios públicos mixtas, en las cuales la participación del Estado directamente o a través de sus entidades descentralizadas sea igual o superior al noventa por ciento y que desarrollen sus actividades bajo condiciones de competencia, la aprobación y modificación de sus presupuestos, **de las viabilidades presupuestales y de las vigencias futuras corresponderá a las juntas directivas de las respectivas empresas**, siempre y cuando cumplan los requisitos señalados en el artículo 36

---

valores se integrarán por un mínimo de cinco (5) y un máximo de diez (10) miembros principales, de los cuales cuando menos el veinticinco por ciento (25 %) deberán ser independientes. En ningún caso los emisores de valores podrán tener suplentes numéricos. Los suplentes de los miembros principales independientes deberán tener igualmente la calidad de independientes. Quien tenga la calidad de representante legal de la entidad no podrá desempeñarse como presidente de la junta directiva".

del Decreto 4730 de 2005 [Resaltado fuera de texto].

La ley anual de presupuesto vigente, aparte de ratificar el carácter autónomo para efectuar aprobaciones y modificaciones a su propio presupuesto por parte de este tipo de entidades, les extiende la atribución para darse sus propias viabilidades presupuestales, sin necesidad de acudir al Confis, circunstancia que ratifica su tratamiento especial y particular en materia fiscal.

Por último, frente al manejo presupuestal de las empresas de servicios públicos mixtas con una capital inferior a 90 % de participación pública, el régimen aplicable es el del derecho privado en su integridad. Así lo aseveró atinadamente la Superintendencia de Sociedades al señalar:

Por lo expuesto, para efectos de establecer el régimen jurídico aplicable a los actos, gestiones, contratos, manejo contable y presupuestal, entre otros asuntos, debe tenerse en cuenta la participación estatal en el capital social de la compañía. En consecuencia, como acertada y claramente se afirma en la aludida sentencia —Corte Constitucional, Sentencia C-953 de 1º de diciembre de 1999—, si el aporte del Estado es inferior al 90% del capital de la compañía, la sociedad se encuentra sujeta a las reglas y pautas del derecho privado, en cuanto a los actos, contratos, régimen laboral, organización empresarial, manejo contable y presupuestal, entre otros, siempre que no exista disposición legal en contrario; pero si la participación es igual o superior al señalado, su régimen será el previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en la Ley 489 mencionada y normas concordantes Parágrafo, artículo

97 Ley Cit. y 464 Cód. Co. [Resaltado extratextual] (Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-034943 del 16 de julio de 2007).

## Conclusiones

Para que una empresa de servicios públicos oficial o mixta nacional pueda en forma autónoma otorgar las viabilidades presupuestales y darse su propia autorización para comprometer las vigencias futuras, en los casos en los que la empresa lo requiera será menester que el respectivo ente económico cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 36, específicamente en los literales a, b y c del Decreto 4730 de 2005, caso en el cual le corresponderá a la junta directiva de la empresa de servicio público oficial o mixta asimilada impartir las citadas autorizaciones sin necesidad de acudir al respectivo Confis.

En el evento de que la junta directiva pretenda autorizar vigencias futuras ordinarias y se trate de proyectos de inversión nacional, deberá obtenerse previamente el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación en su calidad de organismo regente del gasto de inversión, y adicionalmente del ministerio o departamento administrativo, cabeza del respectivo sector administrativo, así como el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en el artículo 10 de la Ley 819 de 2003. En el caso de que se requiera superar el periodo de gobierno, será necesaria la obtención de la declaratoria de importancia estratégica del respectivo proyecto o programa, por parte del Conpes cuando se trate de “proyectos de gastos de inversión”.

En caso de que la junta directiva de la ESP requiera aprobar vigencias futuras

excepcionales correspondientes a proyectos de inversión que trasciendan el respectivo periodo de gobierno, será necesario obtener el aval fiscal del Confis y la declaratoria de importancia estratégica por parte del Conpes, en cumplimiento del Decreto 4730 de 2005.

Sobre el control fiscal en su calidad de órganos que manejan recursos públicos, debe efectuarse con criterio empresarial, habida consideración a la naturaleza del mercado de los servicios públicos domiciliarios, el cual es regulado y competitivo por regla general. En efecto,

Para las sociedades que sean ESP se debe evaluar la gestión fiscal desde el punto de vista empresarial, con criterios propios del control y responsabilidad de las empresas, como son los ámbitos de control comerciales y del derecho privado; y no evaluar tales empresas con criterios propios de los sujetos de las ramas del poder público (Castañeda y Gómez, 2010, p. 126).

Esta circunstancia justifica su manejo presupuestal flexible frente a la generalidad del adusto régimen fiscal público.

Frente a las entidades de servicios públicos oficiales o mixtas del orden territorial, ellas se regularan por las normas del respectivo nivel, las cuales deben guardar consonancia con el Estatuto Orgánico de Presupuesto Nacional de conformidad con lo dispuesto en sus artículos 104 y 109.

Por último, tratándose de empresas de servicios públicos mixtas, en cualquiera de las modalidades societarias que adopten, se encuentran sujetas al ordenamiento positivo societario de carácter privado y a las regulaciones especiales del sector, cuando su capital público es inferior a 90 % de su patrimonio social.

## Referencias bibliográficas

- Amaya Olaya, U. A. (2004). Aspectos conceptuales del control fiscal sobre empresas de servicios públicos. *Contexto: Revista de Derecho y Economía*, 21, 3-12.
- Atehortúa Ríos, C. A. (2004). *Régimen jurídico: empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Castañeda Mesa, G. A. y Gómez Lee, I. D. (2010). Hacia un sistema unificado de control gubernamental para las empresas de servicios públicos con énfasis empresarial. *Revista Andesco*, 20, 125-133.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejera ponente María Claudia Gómez Lasso. Referencia 2009-0900032-02.
- Colombia, Contaduría General de la Nación (2008). Resolución 205 de 2008.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena (2010). Sentencia C-238 de 2010. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2009). Aspectos generales de las etapas del proceso presupuestal de las empresas industriales y comerciales del Estado, de las sociedades de economía mixta con régimen de aquellas dedicadas a actividades no financieras y las contempladas en el artículo 5 del Presupuesto General de la Nación. Recuperado de [http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/MinHacienda/haciendapublica/presupuesto/programacion/inicio/Programa\\_pptal/eice/2008/MANUAL%20PROGRAMACION%20EICE\\_0.PDF](http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/MinHacienda/haciendapublica/presupuesto/programacion/inicio/Programa_pptal/eice/2008/MANUAL%20PROGRAMACION%20EICE_0.PDF)
- Colombia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2011). *Aspectos generales del proceso presupuestal colombiano*.

- Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Colombia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Presupuesto (1997). *Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación*. Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público/Dirección General de Presupuesto.
- Cooter, R. y Thomas, U. (1998). *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Escobar Gallo, H., León Gutiérrez, A. y Gutiérrez Londoño, E. (2007). *Hacienda Pública: un enfoque económico*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Leguizamón Acosta, W. (2002). *Derecho económico: fundamentos*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Moreno, L. F. (2002). *Servicios públicos domiciliarios: perspectivas del derecho económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Piza Rodríguez, R. (2010). *Curso de Derecho Presupuestario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Restrepo Salazar, J. C. (2007). *Derecho presupuestal colombiano*. Bogotá: Legis.
- Sánchez Cubides, P. A. (2009). *Hacienda pública municipal en Colombia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibáñez.
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (2008). Oficina Asesora de Jurídica. Concepto SSPD-OJ-2008-018.
- Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-034943 del 16 de julio de 2007.
- Velazco Ulloa, O. (2009). *Finanzas públicas municipales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.