



Concepto 268101 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000268101

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000268101

Fecha: 15/08/2019 11:59:35 a.m.

Bogotá D.C.

REF: LEY DE GARANTIAS. Para sociedades de economía mixta RAD. 2019-206-025132-2 de fecha 17 de julio de 2019

En atención a su escrito de la referencia, mediante el cual consulta, si a una sociedad de economía mixta del nivel territorial le aplica la Ley de garantías, nos permitimos informarle lo siguiente:

1. Naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta

En primer lugar corresponde anotar que conforme a la Ley 489 de 1998, "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones", las sociedades de económica mixta hacen parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva, según se anuncia a continuación:

"ARTICULO 38. LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

a) Los establecimientos públicos;

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

e) Los institutos científicos y tecnológicos;

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

-

PARAGRAFO 1. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, las sociedades de economía mixta pertenecen al sector descentralizado de la rama ejecutiva del poder público, aunque éstas últimas se rigen por normas de derecho privado cuando tienen capital público inferior al 90%, que les permite equipararse a las empresas privadas para competir en igualdad de condiciones y poder desempeñar a cabalidad su objeto.

2. Campo de la aplicación de la Ley 996 de 2005

Ahora bien, la Ley 996 de 2005 “Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”, señala:

“ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

PARÁGRAFO.

(...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa. (Subrayado fuera de texto)

El artículo 38 transcrito establece que, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones, no se podrá:

- Modificar la nómina estatal, es decir, no es procedente crear cargos ni proveer los mismos, ni retirar del servicio a servidores públicos por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

- Hacer nuevos nombramientos salvo que se trate de solventar situaciones tales como: renunciaciones, licencias o muerte cuya provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, caso en el cual procede el nombramiento en período de prueba o por encargo.

- Celebrar convenios o contratos interadministrativos para ejecutar recursos públicos, pudiendo realizar cualquier otro proceso de contratación, incluyendo la contratación directa.

Por lo tanto, las restricciones y prohibiciones referidas en la norma en cita comenzarán para los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, así como las entidades en las que participen como miembros de sus juntas directivas, cuatro (4) meses antes de las elecciones.

Ahora bien, con el fin de establecer si a una sociedad de economía mixta del orden municipal es destinataria de la cita prohibición, es oportuno traer a colación la sentencia de la Corte Constitucional C-1153 de 2005, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la que se indicó que se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos (cargo creado ad hoc en épocas de campaña). En ese sentido, no está prohibida la provisión de empleos que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa en casos tales como los de vacancia por renuncia o muerte, siempre y cuando dicha provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la administración pública.

En lo que respecta al campo de aplicación, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante consulta radicada con el No. 11001-03-06-000-2010-00066-00 y ponencia del Consejero William Zambrano Cetina, establece:

"Las restricciones mencionadas en el artículo 32 se refieren a la Rama Ejecutiva del Poder Público, dentro de la cual se encuentran las Gobernaciones y las Alcaldías, por expresa disposición del artículo 115 in fine de la Constitución.

Adicionalmente, las restricciones del artículo 33 a la contratación directa comprenden a "todos los entes del Estado", con lo cual quedan incluidas las entidades territoriales.

Precisamente, sobre este tema, la Sala en el Concepto No. 1727 del 20 de febrero de 2006 sostuvo:

"Siguiendo la doctrina expuesta por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, se tiene que la expresión todos los entes del Estado hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son los organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, y en consecuencia, comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. Dada la finalidad de la ley 996 de 2005, es claro que esta locución debe ser entendida dentro de su propio contexto, que consiste en evitar que mediante la contratación directa, cualquier ente público pueda romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a elecciones.

(...)

Reitera la Sala que la locución en comento, debe entenderse dentro del contexto de la ley de garantías y de la especial finalidad que ella busca, la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia, de suerte que si el legislador no utilizó la expresión "rama ejecutiva" en el artículo 33 de esta ley, como sí lo hizo en la prohibición del artículo 32, y enunció como obligados por la prohibición a todos los entes del Estado, es claro que no fue su intención excepcionar aquellas que no encajaran dentro de la noción de rama ejecutiva, desarrollada por el artículo 38 de la ley 489 de 1998. La frase que se interpreta coincide con la definición legal de 'administración pública' del artículo 39 de la misma ley 489, según la cual 'se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios

públicos del Estado colombiano".

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que las restricciones contenidas en la Ley 996 de 2005, son aplicables a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, incluyendo a las sociedades de economía mixta del nivel territorial, las cuales hacen parte del sector descentralizado por servicios.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Javier Soto

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:57:12