



**Función Pública**

## Concepto 307451 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20196000307451\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000307451

Fecha: 19/09/2019 02:21:06 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Ley de Garantías Electorales. Restricciones durante la vigencia de la ley de garantías electorales, aplicables a las Empresas de Servicios Públicos. RAD. 20199000297412 del 23 de agosto de 2019.

En atención al oficio de la referencia, el cual fue remitido a esta entidad por parte de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual consulta si en ley de garantías es procedente que la ETB de acuerdo a su naturaleza jurídica y tal como se vinculan sus trabajadores que es a través de contratos de trabajo, pueden suscribir acuerdos transaccionales (terminaciones de contratos de trabajo por mutuo acuerdo); en atención a la misma me permito indicarle:

La Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, dispone:

«ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

**14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES.** Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

**14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA.** Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

**14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA.** Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%. (Se subraya)

(...)

" ARTÍCULO 17. NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.

(...)

PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado." (Subrayado fuera de texto)

Las empresas de servicios públicas pueden ser: privadas, mixtas y oficiales. Sólo cuando el capital de la empresa es 100 % estatal, la empresa de servicios públicos domiciliarios es oficial y por tanto se rigen por normas de derecho público propio de las entidades estatales. Cuando en este capital existen aportes provenientes del Estado, la empresa de servicios públicos es Mixta, y se rige por las normas propias del derecho privado, aunque pertenece al sector descentralizado de la administración. Y finalmente, cuando los aportes son mayoritariamente privados, la empresa de servicios públicos domiciliaria es privada y se rige por las normas de derecho privado.

EL ARTÍCULO 38 de la Ley 489 de 1998, establece:

«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.

PARÁGRAFO 1o. *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 Nuestro)

La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones a la vinculación de personal a las entidades y por regla general se aplica a todas las Entidades del Estado, 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 Nuestro)

De conformidad con lo anterior, estas prohibiciones se aplican a todos los organismos y las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, incluyendo las Empresas de Servicios Públicos Mixtas. Por lo anterior, se infiere que efectivamente las restricciones contenidas en la Ley 996 de 2005 operan para los prestadores de servicios públicos, concretamente a las Empresas de Servicios Públicos, sean oficiales, mixtas o privadas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Con respecto a si resultan aplicables las prohibiciones señaladas en la Ley 996 de 2005 para proveer vacantes de trabajadores, es importante remitirse a lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C- 1153/05 del 11 de noviembre de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la cual se sostuvo:

«Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera

administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

*Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos.»*

De conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional C-1153 de 2005, 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. En ese sentido no está prohibida la provisión de cargos, 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.

Sobre el tema de la aplicación de la Ley de Garantías a las empresas de servicios públicos domiciliarios, se pronunció la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante concepto SSPD 726 del 7 de septiembre de 2009, refiriéndose a la sentencia C-736 de 2006 de la Corte Constitucional, así:

*«Así mismo, teniendo en cuenta que el concepto No. 1.727 señaló que la intención del artículo 33 de la ley 996 de 2005, no fue la de excepcionar a las entidades que no encajaran dentro de la noción de rama ejecutiva, y que la sentencia C-736 de 2006 precisó de mejor manera el tema al incluir dentro de la rama ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixtas y a las privadas con cualquier porcentaje de participación pública, esta Superintendencia también corrige y recoge su posición anterior, manifestando que dichas empresas si se encuentran sujetas a las disposiciones de la ley 996 de 2005 o “ley de garantías.» (Subrayado Nuestro).*

En este orden de ideas, se concluye que en virtud de lo dispuesto en la sentencia C-736 de 2006 y conforme lo acoge la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el concepto en cita, se considera que las empresas de servicios públicos oficiales, mixtas o privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas que conforman la estructura de la administración, es decir de la Rama Ejecutiva del poder público.

En consecuencia, se considera que las disposiciones contenidas en la Ley 996 de 2005, son de aplicación en las empresas de servicios públicos, ya sean oficiales, mixtas o privadas.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que en vigencia de la ley de garantías no es procedente que la ETB realice acuerdos transaccionales (terminaciones de contratos de trabajo por mutuo acuerdo), teniendo en cuenta que las prohibiciones contenidas en la Ley 996 de 2005, aplica a las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en las que se incluye a las Empresas de Servicios Públicos y con la terminación de los contratos de trabajo por mutuo acuerdo se estaría modificando la nómina de la ETB dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.

Con respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:49:18