



Concepto 035011 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000035011

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000035011

Fecha: 24/01/2022 09:37:17 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. EMPLEO. Ley de Garantías Electorales. Restricciones durante la vigencia de la ley de garantías electorales, aplicables a las Empresas de Servicios Públicos. RADICACIÓN. 20229000034782 de fecha 19 de enero de 2022.

Reciba un cordial saludo, en atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre la aplicabilidad de la Ley de Garantías (Ley 996 de 2005) a las empresas de Servicios Públicos Oficiales, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 142 de 1994¹, 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: (â¿!)

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%.

(â¿!)

" 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.

(â¿!)

PARÁGRAFO 1. 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.

Ahora bien, la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005² (Ley de Garantías), que tiene por objeto 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; esta Ley señaló en los Artículos 32 y 38, lo siguiente:

"ARTÍCULO 32. VINCULACIÓN A LA NÓMINA ESTATAL. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del Artículo siguiente.

PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

ARTÍCULO 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, de sastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración.

"ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido: (â¿!)

PARÁGRAFO. (â¿!)

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)

La Procuraduría General de la Nación, respecto a la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, emitió la Directiva Unificada número 5 de 14 de mayo de 2007, en la cual señaló:

"d. 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."

Por otro lado, respecto a las empresas de servicios públicos mixtas, la Corte Constitucional mediante sentencia C-736 de 2007, Magistrado Ponente el Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, señaló:

"Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del Artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión "las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios" contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público. (..)

Obsérvese que si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas "las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio." (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad." (Subrayado y negrilla nuestro)

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 y negrilla 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 y 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.

Como consecuencia de lo anterior, y acogiendo el concepto emitido por la Superintendencia, en criterio de esta Dirección, durante el término que dure la Ley de Garantías se debe suspender cualquier forma de vinculación a la nómina estatal, la cual aplica a las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en las que se incluye a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios oficiales, mixtas o privadas.

Respecto a las restricciones en materia contractual en vigencia de la Ley de Garantías, la misma Ley 996 de 2005 señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido: (¿?)

PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

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)

Conforme a lo anterior, se procede a dar respuesta a los interrogantes por usted planteados:

1. "¿Está obligada a cumplir la Ley de garantías?"

De conformidad con lo anterior, las prohibiciones señaladas en la Ley 995 de 2005 (Ley de Garantías) se aplican a todos los organismos y las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, incluyendo las Empresas de Servicios Públicos donde haya participación pública. Por lo anterior, se infiere que efectivamente las restricciones 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.

2. "¿Qué contratos podría ejecutar la empresa en ley de garantías?"

Por medio de la Circular Conjunta 100-006 de 2021³ el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública, manifestaron:

"¿Existen excepciones frente a la restricción para celebrar contratos directamente?"

Se exceptúa lo referente a:

- La defensa y seguridad del Estado

- Los contratos de crédito público

- Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres

- Los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y

- Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias

¿Las restricciones a la contratación directa aplican a prórrogas o modificaciones de contratos?

La Ley de Garantías no establece restricciones para las prórrogas, modificaciones o adiciones, ni para la cesión de los contratos suscritos antes del período de la campaña presidencial. Estas se pueden celebrar de conformidad con los principios de planeación, transparencia y de responsabilidad establecidos en la Ley 80 de 1993, y demás normas que resulten aplicables a cada caso."

Conforme al Artículo 33 de la Ley 995 de 2005 y a la circular mencionada, dentro de las excepciones para celebrar contratos se encuentran aquellos referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración.

3. "¿Podría celebrar contratos y convenios interadministrativos con la Alcaldía Municipal?"

La Circular Conjunta 100-006 de 2021, señala:

"¿Cuáles son las restricciones en materia de contratación estatal en aplicación de la Ley 996 de 2005?"

En materia de contratación estatal existen dos restricciones: a primera es para celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. La segunda es para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa.

Sin embargo, mediante la Ley 2159 de noviembre 12 de 2021, por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022, se dispuso en su Artículo 124 que, con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de su publicación y durante la vigencia fiscal 2022, la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación, modificando únicamente en la parte pertinente el inciso primero del párrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Así mismo, debe resaltarse que el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, emitió sentencia el 9 de noviembre de 2021, respecto de la Acción de Tutela instaurada por un ciudadano dentro del expediente No. 11001-33-34-003-2021- 00354-00, en la que se decidió amparar de manera transitoria los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad vulnerados en el trámite legislativo del proyecto de la ley 096 de 2021 Senado y 158 de 2021 Cámara, "Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022", por desconocer el principio de reserva y afectar de manera grave los principios de imparcialidad e igualdad electoral.

Como consecuencia de lo anterior, el juez de tutela ordenó al Presidente de la República y a los representantes legales de las entidades del orden nacional y del sector descentralizado territorialmente, abstenerse de dar aplicación a la modificación realizada al párrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, restricción que solo estará vigente hasta que la Corte Constitucional conozca de la demanda de acción pública de inconstitucionalidad que se adelante en contra de la disposición normativa mencionada.

¿Qué implica la restricción para celebrar convenios interadministrativos?

La Ley de Garantías prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de Entidades Estatales del orden municipal, departamental y distrital celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta lo precisado en anteriormente en relación con la expedición de la Ley 2159 de 2021, así como lo señalado por el juez de tutela en la sentencia de noviembre 9 de 2021.

En este periodo se pueden celebrar convenios interadministrativos en los cuales no intervengan entidades del orden territorial que no impliquen la ejecución de recursos.

¿A partir de qué fecha empieza a regir la restricción para celebrar convenios interadministrativos?

Según el calendario electoral, a partir del 13 de noviembre de 2021 y hasta la fecha en la cual presidente de la República sea elegido, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital no pueden celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos, independientemente de la naturaleza o el orden nacional o territorial de la otra entidad contratante.

No obstante, se debe tener en cuenta lo dispuesto por el Artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 que autorizó la celebración de esta clase de convenios entre la nación y las entidades territoriales para la ejecución de programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación, que deben contar con el control especial que disponga la Contraloría.

El Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, emitió sentencia el 9 de noviembre de 2021, en la que resolvió amparar transitoriamente los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad presuntamente vulnerados en el trámite legislativo del proyecto de ley del presupuesto y ordenó no aplicar la modificación a la ley de garantías hasta que la Corte Constitucional resuelva de fondo las acciones de inconstitucionalidad que se presenten contra dicha ley."

Conforme a lo anterior, si bien es cierto que el Artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 autorizó la celebración de convenios interadministrativos entre la nación y las entidades territoriales para la ejecución de programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación, el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá ordenó no aplicar dicha disposición hasta que la Corte Constitucional resuelva de fondo las acciones de inconstitucionalidad que se tiene contra dicha ley. Por lo tanto, a la fecha, no se podrán celebrar contratos y convenios interadministrativos entre la Empresa de Servicios Públicos con la Alcaldía Municipal.

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: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.
2. 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.
3. Aplicación De La Ley De Garantías Electorales - Ley 996 De 2005.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:48:53