



Función Pública

Concepto 90071 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000090071

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000090071

Fecha: 20-03-2019 03:51 pm

Bogotá D.C.

REF. ENTIDADES. Es aplicable la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías) en las Empresas Públicas del Nilo S.A.S RAD. 20192060094652 de fecha 13 de marzo de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida por la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente en la cual manifiesta que dio respuesta a sus tres primeros interrogantes, quedando pendientes los dos últimos, es decir si es viable modificar la nómina estatal durante la ley de garantías en las Empresas Publicas de Nilo - EMPUNILLO y la viabilidad de inaugurar obras públicas, me permito manifestarle lo siguiente:

A manera de información, se relacionan las normas generales sobre regulación de las Empresas de Servicios Públicos en Colombia.

La Ley 142 del 11 de julio de 1994¹ clasifica las Empresas de Servicios Públicos así:

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

(...)

14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%. NOTA: Expresión subrayada declarada EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007.

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. NOTA:

Expresión subrayada declarada EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007.”

Así las cosas, frente a la norma relacionada tenemos que las Empresas de Servicios Públicos están reguladas en la Ley 142 de 1994, en la cual y de acuerdo a la participación económica se clasifican en oficial, mixta o privada; como sociedades por acciones o en su defecto como empresas industriales y comerciales del estado, de conformidad con el artículo 17 de la precitada ley que a renglón seguido dispone:

“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 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.

Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.

PARÁGRAFO 2. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas.” (Subrayado fuera del texto)

Ahora bien, dependiendo de la clasificación en la que se encuentre la Empresa de Servicios Públicos se tiene que la misma podrá ser oficial, mixta o privada y si se encuentra constituida por acciones o si por el contrario adquirió la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado.

Ahora bien, la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005 (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 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 y Negrilla 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.”

La Presidencia de la República, mediante Directiva Presidencial No. 11 del 13 de noviembre de 2009, señaló lo siguiente:

"1. Suspensión de vinculación de personal a la Nómina Estatal

1.1 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, se suspenderá cualquier forma de vinculación a 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. Esto es, desde el 30 de enero de 2010 a las cero horas (00:00 a. m.) y hasta la realización de la primera vuelta presidencial (30 de mayo a las 11:59:59 p. m.), o de la segunda vuelta (20 de junio hasta las 11:59:59 p. m.), si a ello hubiere lugar.

1.2 La Rama Ejecutiva del Poder Público, se encuentra conformada por las entidades y organismos establecidos en el artículo 38 de la Ley 489 de 1989.

1.3 De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005, 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, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia 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.

1.4 En consecuencia, de esta prohibición, se exceptúa la provisión de cargos en los siguientes casos:

1.4.1 Aquellos necesarios para la defensa y seguridad del Estado.

1.4.2 Aquellos necesarios para el cubrimiento de emergencias educativas, sanitarias, hospitalarias y desastres; así como también los indispensables para la reconstrucción de la infraestructura vial (vías, puentes, carreteras) o energética y de comunicaciones, en caso de que las mismas hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor. Igualmente, aquellos que, para el mismo efecto, requieran las entidades sanitarias y hospitalarias.

1.4.3 Aquellos referidos a la vinculación del personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, para lo cual la Registraduría Nacional del Estado Civil organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos, ágiles y eficaces."

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 sí 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 lo anteriormente expuesto no se podrá 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. Y adicionalmente 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.

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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

Luis Fernando Núñez

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:52:13