



Concepto 230231 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000230231

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000230231

Fecha: 09/06/2023 12:26:47 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: CONTRATACIÓN ESTATAL. Ley de garantías. Radicado: 20232060292312 del 17 de mayo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por la Procuraduría General de la Nación, mediante radicado número E 2023-271965 del 4 de mayo de 2023, solicita se emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

¿Una empresa de economía mixta en donde el estado tiene una participación accionaria del 68,96% puede suscribir contratos en vigencia de la ley de garantías?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

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», respecto a la naturaleza de las sociedades de economía mixta, precisa:

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:

(...)

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 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 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 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.

La Ley 996 de 2015, «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»,

establece:

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.

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, 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 (Texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-1153 de 2005).

Ahora bien, respecto al campo de aplicación de la Ley 996, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante consulta radicado número 11001-03-06- 000-2010-00066-00, Consejero Ponente: 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".

Conforme a lo señalado en precedencia, las restricciones de la Ley 996 de 2005 se aplican a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, incluyendo a las sociedades de economía mixta, las cuales hacen parte del sector descentralizado por servicios, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, la sociedad de economía mixta con participación estatal del 68.96% si bien se rige por las disposiciones del derecho privado en los términos del Código Sustantivo de Trabajo; aunque no hace parte de la Rama Ejecutiva por tener un capital público inferior al 90%, hace parte de las entidades descentralizadas. Por ende, en criterio de esta Dirección Jurídica, en principio, le son aplicables las restricciones de la ley de garantías en materia de contratación directiva; toda vez que tal limitación es extensiva a todos los entes del Estado. Así, y como las elecciones son del orden territorial, tenga en cuenta que la empresa sea del orden departamental o municipal, de lo contrario no se configura restricción en materia de contratación directa.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo Ley 1437 de 2011.

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 botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán

Revisó y aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-07-03 23:43:30