



Concepto 113811 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000113811

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000113811

Fecha: 20/03/2020 05:38:52 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. Naturaleza - Naturaleza Jurídica de una Empresa de Servicios Públicos - ESP. RAD. 20202060069622 del 18 de febrero de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual realiza varios planteamientos relacionados con la naturaleza jurídica de la Empresa de Servicios Públicos EMEVASI S.A E.S.P., cuya participación mayoritaria la tiene el Departamento del Putumayo con el 82,90%, Alcaldía de Colon con el 3,85, Alcaldía de Santiago con el 6,45 y, la Alcaldía de Sibundoy con el 4,07% respectivamente, es decir, el Estado (Gobernación del Putumayo más las Alcaldías) tiene una participación del 97,27% y el 2,73% la tienen los particulares, me permito manifestarle que los mismos serán resueltos en el mismo orden que fueron formulados de la siguiente manera:

1. EMEVASI-, de conformidad a la Ley 489 de 1998, ¿hace parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del poder público, teniendo en cuenta los antecedentes antes citados?

La Constitución Política sobre la prestación de servicios públicos, establece:

“ARTÍCULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. (Subrayas fuera del texto)

Ahora bien, frente a la integración de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, la Ley 489 de 1998¹ dispone:

“ARTICULO 38. INTEGRACION DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO 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:

- a) La Presidencia de la República;*
- b) La Vicepresidencia de la República;*
- c) Los Consejos Superiores de la administración;*
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;*
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.*

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.*

(...)” (Subraya y negrilla fuera del texto)

De acuerdo con la normativa citada anteriormente, la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por el sector descentralizado por servicios, el cual incluye entre otras, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.

En consecuencia, como quiera que EMEVASI S.A E.S.P. es una empresa de Servicios Públicos la misma pertenece al Sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del orden territorial.

1. ¿De acuerdo al porcentaje expuesto EMEVASI SA E.S.P., se considera una empresa industrial y comercial del Estado?

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

“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%.

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.”

(...)”

“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.

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 2º. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas. (Destacado nuestro)

De acuerdo con lo anterior, las empresas de servicios públicos domiciliarios 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 quienes se vinculen a ella tendrán el carácter de trabajador oficial y se rigen por normas de derecho público propio de las entidades estatales; por otra parte, si se trata de recursos provenientes del sector privado o aportes público privados serán empresas privadas o mixtas respectivamente y, sus trabajadores serán particulares regidos por el Código Sustantivo del Trabajo.

Así mismo dispone la ley que 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.

Ahora bien, de acuerdo con la información suministrada en su escrito, se colige que la Empresa EMEVASI S.A E.S.P., se trata de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios cuyo capital pertenece mayoritariamente a la Nación (97,27%), en consecuencia se trata de una empresa de servicios públicos mixta, organizada como una Sociedad Anónima y que según la clasificación que hace la Ley 142 de 1994, es una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, regulada por los estatutos sociales y por la ley 142 de 1994.

1. ¿En caso de que EMEVASI con los antecedentes antes expuestos, se configure en una empresa industrial y comercial del Estado y, que sea una sociedad de economía mixta se les aplicaría en lo pertinente los artículos 19, numerales 2, 4, 5, 6, 12, 13, 17, 27, (sic) numerales 2, 3, 4, 5 y 7, y 183 de la ley 142 de 1994?

Al respecto se indica que, de acuerdo a lo señalado hasta ahora sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos, EMEVASI S.A E.S.P. es una empresa de servicios públicos mixta, organizada como una Sociedad Anónima y que según la clasificación que hace la Ley 142 de 1994, es una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios. En consecuencia, será procedente la aplicación de las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, la ley 142 de 1994 y de sus propios estatutos sociales.

1. ¿Con los antecedentes expuestos, EMEVASI S.A E.S.P., debe adoptar EL MANUAL DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS de conformidad con la ley 909 de 2004, ley 785 de 2005 y, decreto 1083 de 2015?

Para abordar este interrogante, es importante tener en cuenta la distinción en la aplicación de diferentes regímenes laborales en las empresas de servicios públicos, y dicha diferencia depende de la naturaleza jurídica de la entidad que presta el servicio público a la cual está vinculado el trabajador.

Se precisa que 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 misma Ley 142 de 1994, señaló:

“ARTÍCULO 41. Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17, se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5º del Decreto-Ley 3135 de 1968. (Subrayas fuera del texto)

De acuerdo al artículo anterior, a las personas que prestan sus servicios en empresas de servicios públicos privadas o mixtas tendrán la calidad de trabajadores particulares y se someterán a las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

Así mismo es importante destacar que si el representante legal de la empresa de servicios públicos domiciliarios de naturaleza mixta se rige por las normas del derecho privado, esto es, Código Sustantivo de Trabajo, su vinculación será como trabajador particular a través de un contrato laboral.

En ese sentido, frente al cumplimiento de lo establecido en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015 atinente al manual específico de funciones y competencias laborales por parte de EMEVASI S.A E.S.P., es preciso manifestar que la misma no se aplican al presente caso, puesto que, como quiera que es una empresa de servicios públicos de naturaleza mixta, y en ese sentido, el cargo de gerente y demás empleos de su planta, su periodo de nombramiento y requisitos para desempeñar dichos empleos, se regirán por las normas que se encuentren establecidas en sus estatutos sociales o actos de creación y en el Código Sustantivo del Trabajo.

5. ¿Al construir el MANUAL DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES, EMEVASI S.A E.S.P., debe tener en cuenta lo dispuesto en el decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.2.4.9 (NÚCLEO BÁSICO DEL CONOCIMIENTO)? y, ÁREA DEL CONOCIMIENTO (decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.2.4.9)?

Se reitera la respuesta suministrada en la pregunta No. 4.

1. ¿El manual de funciones y competencias laborales es la fuente principal para construir los ESTATUTOS SOCIALES DE LA EMPRESA EMEVASI S.A. E S.P.?

Es importante indicar que los estatutos de una sociedad regulan el régimen interno de la misma y constituye un instrumento regulador para las relaciones entre sus socios. En los estatutos se establecen el número de socios, el tipo societario, el objeto social, el capital, los órganos de administración, el domicilio, la duración de la sociedad, entre otros.

Por su parte, el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales, es el instrumento en donde se identifican los perfiles requeridos y las funciones propias de cada empleo que se encuentre en la planta de personal, para el cumplimiento de los objetivos institucionales. Este es el soporte técnico que justifica y da sentido a la existencia de los cargos de la entidad.

En ese sentido, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que para crear los estatutos de una empresa no es necesario tener como fuente el manual de funciones y competencias laborales, pues ambos documentos tienen una finalidad diferente.

1. La JUNTA DIRECTIVA de la empresa EMEVASI S.A E.S.P., puede modificar los estatutos sociales de la empresa cada que se le antoje, por ejemplo, siempre ha ocurrido, pues lo modifican con el objeto de cuadrar el perfil para la persona amiga del Gobernador de turno. ¿Es legal o se viola alguna norma? En estos momentos, quieren modificar los estatutos sociales de la empresa y, le van a agregar la profesión de ingeniero de sistemas para que ocupe el cargo de Gerente.

Dado que la Empresa de Servicios públicos es de carácter mixta y ésta se rige por normas del derecho privado, de acuerdo con las necesidades del servicio la junta directiva podrá modificar sus estatutos sociales cuando lo requiera.

Para mayor información 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: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. 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.

Fecha y hora de creación: 2024-07-17 11:41:29