



Función Pública

Concepto 271811 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000271811

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000271811

Fecha: 24/06/2020 09:31:41 a.m.

Bogotá D.C.

REF. EMPLEOS. Naturaleza del cargo. Naturaleza del cargo de gerente de una empresa de servicios públicos mixta. RAD. 20209000259032 del 19 de junio de 2020.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual consulta por la naturaleza del cargo de gerente de una empresa de servicios públicos mixta del nivel territorial, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Respecto de la materia objeto de consulta, el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia establece:

“ARTÍCULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado.

Ahora bien, con el fin de atender su planteamiento jurídico, esta Dirección Jurídica considera procedente analizar la clasificación de los trabajadores de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios; en ese sentido, se indica que, respecto de la naturaleza de una ESP, la Ley 142 de 1994¹, establece:

“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%."*

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."

ARTÍCULO 41. APLICACIÓN DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

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 la relación de sus trabajadores se regirá por las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Frente al particular, es importante remitirse a lo señalado en la Sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, la cual dice:

"6.2 El régimen jurídico de los servidores de las sociedades de economía mixta y de las empresas de servicios públicos.

6.2.1 El artículo 210 de la Constitución Política autoriza al legislador para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes. Como dentro de esta categoría se incluyen tanto las sociedades de economía mixta, como las empresas de servicios públicos, debe concluirse que su régimen jurídico es el señalado en la Ley. Ahora bien, el señalamiento del tipo de vínculo que une a los trabajadores de las sociedades de economía mixta o de las empresas de servicios públicos con esta clase de entidades descentralizadas es un asunto que forma parte de la definición del régimen jurídico de las mismas, y que por lo tanto debe ser establecido por el legislador.

De otro lado, según las voces del artículo 365 superior, los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. Además, de conformidad con el mismo artículo, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, por lo cual quienquiera sea quien los preste, el legislador tiene el deber de regularlos de manera que dicha finalidad social quede garantizada. En tal virtud, como lo ha hecho ver esta Corporación, “puede establecer las condiciones y limitaciones que resulten necesarias, sean ellas relativas por ejemplo a la aplicación de “instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado, o el establecimiento de inhabilidades o incompatibilidades que puedan resultar necesarias para “el logro de sus fines competenciales” y “el respeto de los principios que rigen la función administrativa, fijando en todo caso límites a dicha intervención” (Destaca la Corte). Esta facultad legislativa se ve corroborada por lo prescrito por el numeral 23 del artículo 150 superior, a cuyas voces corresponde al Congreso “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”. (Destaca la Corte)

Así pues, como primera conclusión relevante para la definición del segundo problema jurídico que plantea la presente demanda, se tiene que corresponde al legislador establecer el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta y de las empresas de servicios públicos, y que en tal virtud le compete regular la relación que se establece entre dichas entidades y las personas naturales que les prestan sus servicios, pudiendo señalar para ello un régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Ahora bien, como se hizo ver ad supra, en ejercicio de esta facultad el legislador estableció en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 que “las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”. (Destaca la Corte) Y el Código de Comercio en su artículo 461 dispone que “(s)on de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.” (Destaca la Corte)

De manera similar, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 indica que salvo las excepciones constitucionales o las señaladas en esa misma ley, todas las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

Así pues, como segunda conclusión relevante se tiene que, en uso de libertad de configuración legislativa, el Congreso ha establecido como regla general que tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos están sujetas a un régimen de derecho privado. La razones de esta decisión legislativa tienen que ver con el tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo las sociedades de economía mixta, y con la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades, así como también con el régimen de concurrencia con los particulares en que los servicios públicos son prestados por las empresas de servicios públicos, circunstancias estas que implican que, por razones funcionales y técnicas, se adecue más al desarrollo de tales actividades la vinculación de sus trabajadores mediante un régimen de derecho privado.

6.2.2. Ahora bien, utilizando un criterio orgánico, el artículo 123 de la Carta señala que “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”. (Subraya la Corte) A su turno, el artículo 125 ibídem establece que “(l)os empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”. Con base en estas dos normas, la Corte ha hecho ver que la noción de “servidor público” es un género que comprende diferentes especies, cuales son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Estos últimos, como es sabido, no se vinculan a la Administración mediante situación legal y reglamentaria, sino mediante contrato de trabajo, al contrario de lo que sucede con los empleados públicos. La jurisprudencia también ha hecho ver que la anterior clasificación emana de la Carta misma, pero que ello no obsta para que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos diferentes de las mencionadas, para lo cual está revestido de facultades expresas en virtud de lo dispuesto por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política Así pues, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

De otro lado, la Constitución también deja en manos del legislador el establecimiento de la responsabilidad de los servidores públicos, cuando en su artículo 124 indica que “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.” Así pues, dado que según se ha examinado en las consideraciones precedentes de esta sentencia, tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos son entidades descentralizadas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, se tiene que las personas que les prestan sus servicios

son servidores públicos, por lo cual el legislador puede señalar para ellos un régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Sin embargo, en ejercicio de la anterior facultad, el legislador encuentra límites que devienen directamente de la Carta, como aquellos que están dados por los artículos 126 y 127 superiores, que expresamente establecen ciertas inhabilidades e incompatibilidades aplicables a todos los servidores públicos.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional la noción de “servidor público” es un género que comprende diferentes especies, cuáles son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales, pero ello no obsta para que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos diferentes de las mencionadas, por lo cual, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

En ese orden de ideas, es claro que los empleados y trabajadores vinculados a las empresas de servicios públicos mixtas ostentan la calidad de servidores públicos, teniendo en cuenta que según el artículo 123 de la Carta Política entran en esta categoría los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Adicionalmente, estas Empresas hacen parte de la Administración Pública aun cuando se rijan por las disposiciones del derecho privado.

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.

De acuerdo a los citados parámetros, se precisa que, el representante legal de la empresa de servicios públicos domiciliarios de naturaleza oficial es de libre nombramiento y remoción, implica que tiene la calidad de empleado público, el cual se rige por una relación legal y reglamentaria con la administración.

Por el contrario, 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.

Efectuadas las anteriores precisiones y teniendo en cuenta que, según su escrito, la empresa de servicios públicos es una empresa con participación de capital público en un 95%, es procedente indicar lo siguiente:

De conformidad con su composición accionaria la empresa de servicios públicos de su escrito, esta corresponde a una empresa de servicios públicos de carácter mixta por lo tanto pertenece al sector descentralizado de la administración de la Rama Ejecutiva del poder público, no obstante, en cuanto al régimen laboral de sus empleados se regirá por las normas propias del derecho privado, es decir por el Código Sustantivo del Trabajo, su vinculación será como trabajador particular a través de un contrato laboral.

Como quiera que es una empresa de servicios públicos de naturaleza mixta, 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.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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: Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

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"

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:07:47