



**Función Pública**

## Concepto 276101 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000276101\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000276101

Fecha: 25/06/2020 05:54:55 p.m.

Bogotá D.C.

REF: ENTIDADES. Naturaleza Jurídica. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta SA E.S.P. EIS CUCUTA SA E.S.P. EMPLEO. Ingreso. Nombramiento de Gerente de empresa de servicios públicos por parte del alcalde municipal. RAD.: 20209000190242 del 18 de mayo de 2020.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual solicita aclarar varias inquietudes relacionadas con la naturaleza jurídica de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta SA E.S.P. EIS CUCUTA SA E.S.P. y con el nombramiento de su gerente, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En lo que respecta a la naturaleza de las empresas de servicios públicos con aportes 100% oficial, la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, establece:

*“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. (...)*”  
(Destacado nuestro)

De acuerdo con lo anterior, las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden ser privadas, mixtas y oficiales dependiendo de la participación económica con la que se constituyan.

Adicionalmente, la ley citada en precedencia, 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.*

(...)

Ahora bien, el artículo segundo de los estatutos de la sociedad EIS CÚCUTA S.A. E.S.P., establecen lo siguiente frente a su naturaleza jurídica:

*“La EIS CÚCUTA S.A. E.S.P. es una sociedad por acciones constituida como una empresa de servicios públicos del orden municipal, conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes. - La Sociedad tiene autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal, y ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil.”<sup>1</sup>*

En relación al capital, accionistas y régimen de las acciones, contempla el artículo 8 sobre capital suscrito y pagado los siguientes accionistas: Municipio de San José de Cúcuta, Instituto Municipal para la Recreación y el Deporte, Área Metropolitana de Cúcuta, Central de Transportes “Estación Cúcuta” y Metrovivienda, todas estas entidades públicas.

Adicionalmente, observa esta Dirección Jurídica que en la comunicación por usted remitida se señala que el capital accionario de la empresa es 100% público y que el municipio de San José de Cúcuta pignoró el 49% de las acciones que posee en favor de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por otra parte, se tiene que el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, hace referencia a las diferentes clases de personas que pueden prestar servicios públicos, de la siguiente forma:

*“ARTÍCULO 15. Personas que prestan Servicios Públicos. Pueden prestar los servicios públicos:*

*15.1. Las empresas de servicios públicos.*

*15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.*

*15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley.*

*15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o*

zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del artículo 17”.

En cuanto a la conformación de las empresas prestadoras de servicios públicos, esto es, las señaladas en el numeral 15.1 del artículo 15 de la citada Ley 142, el artículo 17 ibídem, determina que estas empresas son sociedades por acciones, las cuales de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la misma Ley, se regirán por dicha disposición y en lo no previsto en ella, por las normas que sobre sociedades anónimas se encuentran en el Código de Comercio, pues así lo señala el numeral 19.15 de la norma en mención.

Ahora bien, para establecer el régimen jurídico aplicable los servidores de la empresa, a fin de determinar el nominador de su representante legal, así como el régimen aplicable a la actividad industrial y comercial que ejercen, según la regulación para este tipo de entidades. Sobre el particular, la Ley 489 de 1998, en sus artículos 68, 69 y 84 señalan lo siguiente:

*“ARTÍCULO 68.- Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y 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. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.*

*Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.*

*Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley. (...)*

*“ARTÍCULO 69. Creación de las Entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política”.*

(...)

*“ARTÍCULO 84. Empresas Oficiales de Servicios Públicos. Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquélla y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.” (Destacado nuestro)*

También debe recordarse que el existen diferentes regímenes laborales aplicables a las personas que trabajan en las empresas de servicios públicos, lo cual depende de la naturaleza jurídica de la entidad que presta el servicio público a la cual está vinculado el trabajador.

Al respecto, el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, dispone:

ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE mediante sentencia C-484-95 >. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. (Subrayado nuestro)

Atendiendo lo dispuesto en las normas anteriores, las empresas de servicios públicos oficiales deben organizarse como Empresas Industriales y Comerciales del Estado, cuyos servidores son en su mayoría trabajadores oficiales y quienes desempeñan empleos de dirección, confianza y manejo serán empleados públicos.

La Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del artículo 41 (parcial) de la Ley 142 de 1994, mediante sentencia C-253 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara, afirmó.

EL ARTÍCULO 41 de la Ley 142 de 1994 consagra el régimen al que deben someterse las personas que se vinculen laboralmente a las empresas de servicios públicos así: por una parte, quienes trabajen en aquellas empresas que adopten la forma de sociedades por acciones, privadas o mixtas, se consideran trabajadores particulares y se someten en su relación laboral a las prescripciones del Código Sustantivo del Trabajo y a las normas especiales consagradas en la propia Ley 142 de 1994. Además, expresa dicha disposición, en concordancia con el artículo 17 de la misma ley, que quienes laboren para las empresas industriales y comerciales del Estado que presten servicios públicos domiciliarios "se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto Ley 3135 de 1968."

(...) en concepto del 28 de junio de 1995, con ponencia del Doctor Luis Camilo Osorio Isaza, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, manifestó lo siguiente:

"EL ARTÍCULO 41 de la Ley 142 de 1994, trata dos situaciones distintas: en primer lugar le da carácter de trabajadores particulares, sometidos al Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la ley a las personas, en términos generales, 'que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas'; y en segundo lugar establece que las entidades descentralizadas de cualquier orden nacional o territorial cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado, prescindiendo del régimen de división de su capital social en acciones.

Sin embargo, si los propietarios de la nueva empresa de generación con carácter de sociedad de economía mixta, no desean que su capital esté representado por acciones, debe adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado y en consecuencia el régimen laboral aplicable será el que corresponde a estas últimas, según el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, en donde tienen el carácter de trabajadores oficiales, con la salvedad de que los estatutos de la entidad podrán determinar 'qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos'."

Estima la Corte que el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 al disponer que el régimen de los servidores de las empresas de servicios públicos domiciliarios que adopten la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, es el consagrado en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 relativo a los empleados públicos, y no al inciso 2o. de la misma disposición que se refiere a los trabajadores oficiales, resulta contrario a la Carta Política en el aparte acusado (...)

Así las cosas, la jurisprudencia transcrita trata dos situaciones distintas: en primer lugar le da carácter de trabajadores particulares, sometidos al Código Sustantivo del Trabajo a quienes presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas; y en segundo lugar establece que las entidades descentralizadas de cualquier orden nacional o territorial cuyos propietarios no deseen que su capital esté

representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado.

Por otra parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto Rad. 798 del 29 de abril de 1996, MP César Hoyos, se pronunció respecto del régimen laboral aplicable a los trabajadores de las Empresas de Servicios Públicos de carácter Oficial en los siguientes términos:

*“(…) el régimen laboral de los servidores de una empresa de servicio público oficial es el indicado por el inciso 2o del artículo 5o del decreto ley 3135 de 1968, esto es el de trabajadores oficiales. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que los estatutos de la empresa deberán precisar qué actividades de dirección o de confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.*

*De otra parte, el Consejo de Estado mediante Concepto 1192 del 5 de agosto de 1999 señaló lo siguiente: “(…) Para el caso de las empresas oficiales, debe destacarse la ausencia del régimen aplicable, y aunque existiera la consideración de que tratándose de sociedades regidas por el Código de Comercio, sociedades por acciones, el régimen laboral debería ser privado, como son sus actuaciones empresariales, sin embargo la Sala llega a la conclusión que en las empresas de capital totalmente público, quienes ejercen su representación legal son públicos”. (Subrayado nuestro)*

En consecuencia, y teniendo en cuenta que la Ley 142 de 1994 no establece expresamente cuál es el régimen laboral aplicable a quienes presten sus servicios en las empresas de servicios públicos oficiales, se entiende que si dichas empresas son aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes, son sociedades entre entidades públicas que se unen para desarrollar una actividad industrial o comercial y por lo mismo se someten a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Es decir, el régimen laboral de los servidores de una empresa de servicio público oficial es el indicado por el inciso 2 del artículo 5 del Decreto-Ley 3135 de 1968, esto es el de trabajadores oficiales. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que los estatutos de la empresa deberán precisar qué actividades de dirección o de confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

Revisado el texto de los estatutos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P., publicado en la página web de la entidad, no se determina en los mismos quiénes tienen la calidad de empleados públicos, por lo que resulta necesario remitirnos a la ley de empleo público con el fin de determinar la naturaleza del empleo del gerente de la empresa de servicios públicos oficial, así:

El artículo 5, numeral 2, literal a) de la Ley 909 de 2004, establece:

*“ARTÍCULO 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:*

*1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.*

*2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:*

*a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:*

*(…)*

*En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:*

*Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; (...)*” (Destacado nuestro)

Respecto de la clasificación de empleos, es importante anotar que la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades se ha pronunciado sobre el asunto, con el fin de indicar que la misma es una potestad del Legislador (Congreso de la República) atribuida por la Constitución Nacional, no susceptible de ser trasladada ni delegada a las Asambleas, Consejos Municipales o Distritales y Juntas Directivas de Establecimientos Públicos.

Es así como, para el orden territorial la Ley 136 de 1994, *Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*, contempla entre las funciones del alcalde:

*“ARTÍCULO 91. FUNCIONES. <Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.*

*Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes:*

*(...)*

*d) En relación con la Administración Municipal:*

*(...)*

*2. Nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes y directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.*

*(...)”*

Con fundamento en la disposición anotada, el alcalde tiene la facultad nominadora sobre los gerentes de las empresas que adoptan el régimen laboral de empresas industriales y comerciales del Estado, entre ellas, al gerente de la empresa de servicios públicos oficial del orden territorial.

En este sentido, es la posición asumida por la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos mediante concepto SSPD-OJ-2015- 637, en el cual al pronunciarse sobre la representación legal en las empresas de servicios públicos indicó:

*“Con relación a estas inquietudes, es necesario aclarar que como bien se indicó previamente, las empresas de servicios públicos de carácter oficial son diferentes a las de carácter mixto, especialmente en cuanto hace referencia a su representación legal. En efecto, mientras el representante legal de las primeras es un servidor público designado por el alcalde municipal o el gobernador del departamento, dependiendo del orden territorial de la empresa, en las empresas de servicios públicos de carácter mixto, el representante legal es designado de acuerdo con lo previsto en los estatutos de la empresa, designación que por lo general se encuentra a cargo de la Junta Directiva de la misma.*

*En este sentido y como se indicó, en el caso del representante legal de la ESP oficial, por tener la categoría de un servidor público que desempeña un cargo de libre nombramiento y remoción, cuyo nombramiento debe ser efectuado por el alcalde o el gobernador, este acto debe ser publicado en el Diario oficial, como lo indica de forma expresa el párrafo del artículo 65 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo cuando señala: “también deberán publicarse los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular”, mientras que en la designación del representante legal de la ESP de carácter mixta, no se tiene que dar cumplimiento a lo dispuesto en la norma referida, ya que su nominación opera por voluntad de los particulares.” (Subrayado fuera de texto).*

Con fundamento en los argumentos que anteceden, con el fin de atender a las inquietudes planteadas en su consulta, esta Dirección Jurídica infiere que el nominador del gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P, es el alcalde municipal de Cúcuta, quien podrá efectuar la designación en empleo de libre nombramiento y remoción, y en tal sentido lo podrá nombrar y remover libremente.

En tal sentido, el nombramiento del gerente por quien no tiene la competencia para hacerlo podrá ser revocado en cualquier momento, por falta de cumplimiento de requisitos para la designación, conforme lo prevé el artículo 2.2.5.1.13 del Decreto 1083 de 2015.

En este orden de ideas, se observa que los estatutos de la sociedad, en lo que respecta al nombramiento y periodo del gerente de la sociedad deben ser ajustados a la reglamentación sobre el tema.

Por último, debe señalarse que una vez posesionado en el cargo, quien es designado como gerente de una entidad descentralizada del orden municipal, está facultado para ejercer su representación legal.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó y aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Tomado del documento COMPILACIÓN REFORMAS ESTATUTOS SOCIALES, publicado en

<https://www.eiscucuta.com.co/junta-directiva/#1472841017547-77c4e04c-f718>

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:04:59