



Concepto 036321 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000036321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000036321

Fecha: 02/02/2021 02:00:12 p.m.

Bogotá

Ref.: EMPLEOS - NATURALEZA. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a los trabajadores de una Empresa de Servicios Públicos Mixta. ER. 20212060004272 del 05 de enero de 2021.

En atención a su oficio de la referencia, remitido a esta Dirección Jurídica por la Procuraduría General de la Nación y mediante el cual consulta sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a los trabajadores de una Empresa de Servicios Públicos Mixta, me permito manifestarle lo siguiente:

Para el efecto, esta Dirección Jurídica considera procedente analizar en primer lugar la clasificación de los trabajadores de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios; en ese sentido, se indica que respecto de la naturaleza de una empresa de servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, 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 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.” (Negrita y subrayado por fuera del texto original).*

Para determinar la conformación de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, es necesario acudir a la Ley 489 de 1998¹, la cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 38.- Integración de 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:*

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.

PARÁGRAFO 1°. 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. (...)

Frente a la integración de la administración pública, el artículo 39 de la citada Ley consagró:

“ARTÍCULO 39.- Integración de la Administración Pública. La Administración Pública 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. (...)” (Subrayado fuera de texto)

De otra parte, es importante precisar que el artículo 68 de la citada Ley 489 de 1998, frente a las entidades descentralizadas, estableció:

“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.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, es claro que la Administración Pública está integrada por todos los 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.

También puede colegirse que las sociedades de economía mixta, 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, son entidades descentralizadas que integran la Administración Pública.

Teniendo en cuenta lo señalado, las Empresas de Servicios Públicos de carácter mixto hacen parte de las entidades descentralizadas que integran la administración pública, como entidades cuyo objeto es la prestación de un servicio público y cumplen funciones en los términos que señale la ley -Art. 39 de la Ley 489 de 1998-.

Recordemos que la participación del Estado en la conformación de sociedades, fundaciones, asociación o entidades sin ánimo de lucro, le dan a las entidades conformadas una naturaleza especial, pues si bien se rigen por el derecho privado no puede ser ajenas a las políticas del Estado y a las orientaciones señaladas por el Presidente como jefe de un Estado que tiene a su cargo el fomento a la investigación y la ciencia. El Constituyente de 1991, definió a Colombia como una República Unitaria y consagrada bajo esta forma de Estado, se señala en el artículo 115 de la Carta que el Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

Ahora bien, respecto de la calidad de los trabajadores de una sociedad que cuenta con capital público y privado y que hace parte del sector descentralizado de la administración pública, la Corte Constitucional en la Sentencia C-338 del 04 de mayo de 2011² consideró:

"(...) El artículo 210 de la Carta señala que "la ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes" y, conforme lo ha interpretado la Corte, el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas, ha de ser fijado mediante ley.

Del régimen jurídico de las sociedades de economía mixta hace parte la definición del régimen jurídico de sus servidores o, en otros términos, de la clase de vínculo que une a las personas que laboran en ellas con esas entidades descentralizadas, luego es claro que al legislador le compete regular esa relación.

En este orden de ideas cabe recordar que, según el citado artículo 97 de la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta "desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley", al paso que el Código de Comercio, en su artículo 461 establece que estas sociedades "se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario".

Como se ha destacado en la jurisprudencia constitucional, "el Congreso ha establecido como regla general" que las sociedades de economía mixta "están sujetas a un régimen de derecho privado", en razón del "tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo" y con "la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades", lo que implica 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".

Que los trabajadores de las sociedades de economía mixta se vinculen mediante un régimen derecho privado no se opone a que sean servidores públicos, pues así surge del artículo 123 de la Constitución, invocado en la demanda y también del artículo 125 superior que, al sentar las bases de la carrera administrativa, exceptúa de ese régimen los empleos "de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley".

Con fundamento en las disposiciones que se acaban de citar, la Corte ha concluido que la noción de servidor público es genérica y que comprende diferentes especies, entre las que se encuentran los trabajadores oficiales, quienes, a diferencia de los empleados públicos, no se vinculan a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, sino en virtud de un contrato de trabajo, sin perjuicio de que el legislador "pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos". (Negrita y subrayado por fuera del texto original).

De conformidad con todo lo señalado, las Empresas de Servicios Públicos de carácter mixto hacen parte de la sector descentralizado de la administración pública y en ese sentido integran la administración pública y goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio y cumplen funciones en los términos que señale la ley -Art. 39 de la Ley 489 de 1998-.

Respecto de la calidad de sus trabajadores, tenemos que de conformidad con lo señalado en el artículo 123 de la Constitución Política, son servidores públicos, pero con una categoría jurídica distinta a la generalidad, esto es regidos por las disposiciones del derecho privado, por expresa disposición del legislador, de tal manera que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los trabajadores será el que los mismos estatutos, contratos o reglamento interno de trabajo de la Empresa establezca.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, la persona vinculada mediante un contrato laboral a término fijo le aplicará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que el estatuto, contrato o reglamento interno de trabajo de la Empresa establezca.

Por último, me permito indicarle que, 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 link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

11602.8.

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”.

2. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-338-11.htm>

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:25:23