



Función Pública

Concepto 155171 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000155171

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000155171

Fecha: 03/05/2021 07:12:52 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS - Naturaleza Jurídica - Presidente Junta Directiva - RADICACIÓN: 20212060160462 del 25 de marzo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual pregunta: "el Artículo 121 de la constitución Política de Colombia de 1991 dispone "(...)". ahora bien, el Artículo 279 del decreto - ley 1222 de 1986, señala; "(...)". por ello, a no ser legalmente, una empresa de servicios públicos domiciliarios del orden departamental un establecimiento público tampoco una empresa industrial y comercial del estado. Pregunto; ¿el gobernador o su delegado no podrán actuar como presidente de junta directiva de empresa de servicios públicos del orden departamental? ¿De ser afirmativo, y al ser accionista mayoritario el departamento de esta empresa de servicios públicos del orden departamental como se determinaría su representación legal ante dicha empresa de servicios para integrar sus órganos de dirección?, a su vez los miembros de su junta directiva de esta empresa de servicios son nombrados por el gobernador. ¿Cómo se efectuaría sus nombramientos para integrar dicha junta directiva?" (Destacado fuera del texto), me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no funge como ente de control, no le corresponde la valoración de los casos particulares y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos, para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos o para decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad; estas últimas competencias están atribuidas a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, debe indicarse que en su petición menciona el Artículo 121 constitucional el cual dispone que "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley", y el Artículo 279 del Decreto - ley 1222 de 1986 "Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental", que señala:

ARTÍCULO 279.-Los actos de creación de las entidades o los estatutos indicarán los funcionarios que deben hacer parte de las juntas o consejos y dispondrán que si dichos empleados pueden delegar su representación, lo hagan designando siempre a otro funcionario de la administración departamental.

La presidencia de la junta o consejo directivo corresponde al gobernador o a su delegado. En caso de empate en la junta o consejo directivo

decidirá el voto del gobernador o su delegado.

Ahora bien, no hay que dejar de lado que el Artículo 276 de la misma Ley dispone: La dirección y administración de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales, estarán a cargo de una junta o consejo directivo, de un gerente o director, quien será su representante legal, y de los demás funcionarios que determinen los actos pertinentes de la junta o consejo." (Destacado fuera del texto)

Los Artículos antes citados del Decreto Ley 1222 de 1986 están dirigidos a establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales. En consecuencia, como quiera que en su escrito de consulta menciona que el Departamento es el accionista mayoritario de la empresa de servicios públicos del orden departamental, se colige que se trata de una empresa de servicios públicos mixta, y por lo tanto, no será de aplicación el Artículo 279 del Decreto - ley 1222 de 1986.

Sobre la naturaleza jurídica de empresas de servicios públicos, 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, son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley, las mismas 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, 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. Se precisa que 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 párrafo 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.

En igual sentido, es importante mencionar que, la Ley 489 de 1998², dispone:

“ARTÍCULO 50. Contenido de los actos de creación. La ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica, así mismo determinará el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa comprende la determinación de los siguientes aspectos:

1. La denominación.
2. La naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico.
3. La sede.
4. La integración de su patrimonio.
5. El señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y
6. El Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estarán adscritos o vinculados.

PARÁGRAFO. Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamentos administrativos; las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta estarán vinculadas a aquellos; los demás organismos y entidades estarán adscritos o vinculados, según lo determine su acto de creación.

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.

PARÁGRAFO 1°. De conformidad con el inciso segundo del Artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

PARÁGRAFO 2°. Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 3°. Lo dispuesto en el presente Artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993.

De acuerdo a los Artículos anteriores, la ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica. Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la ley 489 de 1998, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

En dicho entendido se colige que, en los estatutos de una sociedad se reglamentan 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, el procedimiento para nombrar a su gerente o representante legal, entre otros.

Ahora bien, como quiera que, la empresa de servicios públicos de su consulta es 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 sus estatutos sociales internos, por la ley, norma o actos de creación y por lo señalado en el Código Sustantivo del Trabajo. Se recuerda que, 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.

Así las cosas, se proceden a responder sus interrogantes de la siguiente manera:

¿El gobernador o su delegado no podrán actuar como presidente de junta directiva de empresa de servicios públicos del orden departamental?

Respuesta: La norma de creación y los estatutos de la respectiva entidad (E.S.P) determinará quienes pueden ser miembros de la junta directiva, y por ende, quien será el presidente de dicha junta.

¿De ser afirmativo, y al ser accionista mayoritario el departamento de esta empresa de servicios públicos del orden departamental como se determinaría su representación legal ante dicha empresa de servicios para integrar sus órganos de dirección?,

Respuesta: En cuanto a su representación legal y la integración de sus órganos de dirección, corresponderá a los estatutos determinarlo.

(...) a su vez los miembros de su junta directiva de esta empresa de servicios son nombrados por el gobernador. ¿Cómo se efectuaría sus nombramientos para integrar dicha junta directiva?"

Respuesta: Como quiera que no se determinó cuál entidad se refiere su consulta, y al no conocer los estatutos de la misma corresponderá al interesado verificar en los estatutos internos de la E.S.P., en sus normas de creación, y demás disposiciones concernientes a la naturaleza jurídica de la entidad, cómo se estipuló en los mismos la forma de integrar la junta directiva de dicha empresa.

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.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. 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: 2024-12-12 08:24:51