



Concepto 263361 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000263361

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000263361

Fecha: 23/07/2021 10:54:53 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. REMUNERACIÓN. Prima de Servicios - Bonificación por Servicios Prestados. Personas vinculadas a Empresa de Servicios Públicos Mixta y Privada. RADICACION. 20212060535622 de fecha 22 de julio de 2021.

Reciba un cordial saludo, en atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre la viabilidad para que se reconozca prima de servicios y bonificación por servicios prestados a los empleados vinculados a una Empresa de Servicios Públicos, me permito manifestarle lo siguiente:

Con el fin de dar respuesta a la consulta, resulta importante revisar la naturaleza jurídica de la Empresa de Servicios Públicos de el Municipio De Cucunuba S.A.S - E.S.P.

De acuerdo con los estatutos de la sociedad Empresa de Servicios Públicos de el Municipio De Cucunuba S.A.S - E.S.P, la compañía corresponde a una sociedad por acciones simplificada, de naturaleza comercial, según los términos contemplados en el Artículo 20 de la Ley 142 de 1994.

Por su parte, la Ley 142 de 1994, en su Artículo 20 establece:

“ARTÍCULO 20. RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS EN MUNICIPIOS MENORES Y ZONAS RURALES. Las empresas de servicios públicos que operen exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores según la ley, y de acuerdo a reglamentación previa de la comisión reguladora pertinente, podrán apartarse de lo previsto en el Artículo precedente en los siguientes aspectos:

20.1. Podrán constituirse por medio de documento privado, que debe cumplir con las estipulaciones del Artículo 110 del Código de Comercio, en lo pertinente, y funcionar con dos o más socios.

(...)

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.

(...)"

ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

<Aparte entre paréntesis cuadrados [...] suprimido mediante FE DE ERRATAS. El texto corregido es el siguiente:> Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas [y] todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares.

Según lo dispuesto en el precitado Artículo 32, la constitución y los actos de las empresas de servicios públicos, así como la administración y ejercicio de los derechos de sus socios se rigen por las reglas del derecho privado.

Como ya se indicó anteriormente el Artículo primero de los estatutos de la Empresa de Servicios Públicos de el Municipio De Cucunuba S.A.S - E.S.P, establecen lo siguiente frente a su naturaleza jurídica:

ARTÍCULO 1. Forma. - La compañía que por este documento se constituye es una sociedad por acciones simplificada, de naturaleza comercial, que se denominará, Empresa de Servicios Públicos de el Municipio De Cucunuba S.A.S - E.S.P regida por las cláusulas contenidas en estos estatutos, en la Ley 1258 de 2008 y en las demás disposiciones legales relevantes.

(...)"

Acerca de la naturaleza de las empresas de servicios públicos, dependiendo del capital que las conforma, pueden ser de carácter oficial, mixto o privado, según se indica en el Artículo 14 de la Ley 142 de 1994, así:

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."

De igual forma, el Artículo 15 de la citada ley, 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 parágrafo del Artículo 17". (Subrayado fuera del texto)*

Ahora bien, 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 registrarán 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.

De igual manera, el Artículo 27 de la Ley 142 de 1994, consagra algunas reglas especiales sobre la participación de entidades públicas, en la conformación de empresas de servicios públicos, las cuales deben ser tenidas en cuenta.

"ARTÍCULO 27. REGLAS ESPECIALES SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS. La Nación, las entidades territoriales, y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, están sometidas a las siguientes reglas especiales:

27.1. No podrán otorgar ni recibir de las empresas privilegio o subsidio distinto de los que en esta Ley se precisan.

(...)

27.7. Los aportes efectuados por la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, se registrarán en un todo por las normas del derecho privado." (Subrayado fuera del texto)

Ahora bien, en cuanto se refiere al régimen laboral aplicable a las personas que laboran en las empresas de servicios públicos, nos permitimos remitirnos a lo conceptuado sobre el particular en el concepto unificado SSPD-OAJ-2010-018 de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos, a través del cual se indicó lo siguiente:

"1. RÉGIMEN LABORAL

"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 17o, se registrarán por las normas establecidas en el inciso primero del² Artículo 5o. del Decreto- ley 3135 de 1968."³

De acuerdo con esta norma, existen diferentes regímenes laborales aplicables a quienes presten servicios en las entidades prestadoras de servicios públicos, dependiendo de la naturaleza jurídica y conformación del capital social del respectivo prestador, así:

1.1. Régimen Laboral de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Empresas oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

En primer lugar, quienes presten sus servicios a empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos son servidores públicos, y de conformidad con el Artículo 5 del Decreto 3135 de 1968⁴, por regla general son trabajadores oficiales, no obstante lo cual, en los estatutos de la empresa, se deberá precisar que actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que ostenten la calidad de empleados o servidores públicos.

Este mismo régimen laboral de las empresas industriales y comerciales del Estado se aplica a las personas que presten servicios en las empresas de servicios públicos oficiales⁵, esto es, las empresas de servicios públicos por acciones sometidas al régimen jurídico previsto en el Artículo 19 de la ley 142 de 1994.⁶

En relación con estas últimas, es decir, con las empresas de servicios públicos oficiales, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14.5 del Artículo 14 de la ley 142 de 1994, se tiene que son aquellas "en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes."

Teniendo en cuenta esa definición, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero César Hoyos Salazar, radicación No. 798, en concepto del 29 de abril de 1996, se pronunció en relación con el régimen laboral de las empresas de servicios públicos oficiales, en los siguientes términos:

"En relación con las empresas de servicios públicos oficiales, el mencionado Artículo no fija expresamente el régimen laboral aplicable a sus servidores. Pero 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, debe entenderse que son sociedades entre entidades públicas para desarrollar una actividad

industrial o comercial y por lo mismo, de conformidad con el Artículo 4o del decreto ley 130 de 1976, se someten a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

En consecuencia, 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.” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

En este orden de ideas, las empresas de servicios públicos oficiales hacen parte del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público, que se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, por tratarse de una empresa conformada por entidades públicas para desarrollar actividades industriales y comerciales y en tal virtud el régimen laboral de sus servidores es el señalado en el inciso segundo del Artículo 5º del Decreto 3135 de 1968², que dispone:

“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 deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

De tal forma que las empresas de servicios públicos oficiales al someterse al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, sus trabajadores se vinculan como empleados públicos y como trabajadores oficiales, adoptando la forma de relación legal y reglamentario o del contrato de trabajo según se trate. Por su parte, se indica que en los estatutos de la sociedad se debe indicar qué trabajadores tienen la calidad de empleados públicos.

Revisado el texto de los estatutos de la Empresa de Servicios Públicos de el Municipio De Cucunuba S.A.S - E.S.P, no se evidencia en que proporción se conformó el capital de la sociedad. Sin embargo, la Empresa se constituyó por representantes del Municipio de Cucunuba y de las Juntas de Acción Comunal del municipio, por lo tanto es pertinente hacer mención a lo siguiente:

El Artículo 8º de la Ley 743 de 2002 "*por la cual se desarrolla el Artículo 38 Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal*" señala frente a las juntas de acción comunal lo siguiente:

“ARTICULO 8. ORGANISMOS DE ACCIÓN COMUNAL:

a) Son organismos de acción comunal de primer grado las juntas de acción comunal y las juntas de vivienda comunitaria. La junta de acción comunal es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa.

La junta de vivienda comunitaria es una organización cívica sin ánimo de lucro, integrada por familias que se reúnen con el propósito de adelantar programas de mejoramiento o de autoconstrucción de vivienda. Una vez concluido el programa se podrá asimilar a la Junta de Acción Comunal definida en el presente Artículo si fuere procedente;

b) Es organismo de acción comunal de segundo grado la asociación de juntas de acción comunal. Tienen la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal y se constituye con los organismos de primer grado fundadores y los que posteriormente se afilien;(…)”. (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con la norma en cita, las juntas de acción comunal son organizaciones cívicas, sin ánimo de lucro, encaminadas al desarrollo comunitario. Ello quiere decir, que no pertenecen al sector central o descentralizado del municipio y sus integrantes no son empleados públicos.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que la Empresa de Servicios Públicos de el Municipio De Cucunuba S.A.S - E.S.P, no corresponde a una empresa de servicios públicos oficial, toda vez que el 100% de su capital no fue conformado por aportes de la nación, entidades territoriales o entidades descentralizadas, ya que las Juntas de Acción Comunal del municipio de Cucunuba realizaron aportes y éstas no pertenecen al sector central o descentralizado del municipio, sino que son organizaciones cívicas, sin ánimo de lucro, encaminadas al desarrollo comunitario. Por lo tanto y de acuerdo a la proporción de aportes que se hayan realizado por ssu accionistas, la Empresa de Servicios Públicos de el Municipio De Cucunuba S.A.S - E.S.P será una empresa de servicios públicos mixta o privada.

Ahora bien, conforme a la normativa anteriormente señalada y en especial al concepto unificado SSPD-OAJ-2010-018 de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos, es pertinente concluir que 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.

Con relación a la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, el Gobierno Nacional mediante la expedición del Decreto 2351 de 2014, reguló la prima de servicios para los empleados públicos del nivel territorial y señaló frente al reconocimiento de esta, lo siguiente:

“ARTÍCULO 1°. Todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Territorial, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías Territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales y el personal administrativo del sector educación, tendrán derecho, a partir de, 2015, a percibir la prima de servicios de que trata el Decreto Ley 1042 de 1978 en los mismos términos y condiciones allí señalados y en las normas que lo modifican, adicionan o sustituyan.

(...)”

Como puede observarse, la prima de servicios para los empleados públicos de nivel territorial se pagará a partir del año 2015, en los mismos términos y condiciones señalados en el Decreto Ley 1042 de 1978 y en lo previsto en el Decreto 2351 de 2014.

Por otro lado y en cumplimiento del Acuerdo Único Nacional, suscrito en el año 2015 entre el Gobierno Nacional y las Confederaciones y Federaciones de Sindicatos, y continuando con el proceso de asimilación del régimen salarial entre el orden nacional y el orden territorial, se expidió el Decreto 2418 de 2015, por el cual se regula la bonificación por servicios prestados para los empleados públicos del nivel territorial.

Esta bonificación por servicios prestados se reconoce a partir del 1° de enero del año 2016, a los empleados públicos del nivel territorial actualmente vinculados o que se vinculen a las entidades y organismos de la administración territorial, del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Territorial, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías Territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales y el personal administrativo del sector educación, en los términos y condiciones señalados en el citado decreto.

Teniendo en cuenta los temas desarrollados en este concepto y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados se reconoce únicamente a los empleados públicos del nivel territorial actualmente vinculados o que se vinculen a las entidades y organismos de la administración territorial, del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Territorial, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías Territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales. Por lo tanto no es viable que se les reconozca a las personas vinculadas con la Empresa de Servicios Públicos del Municipio De Cucunuba S.A.S - E.S.P ya que tienen el carácter de trabajadores particulares y están sometidos a las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

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

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:48:01