



Concepto 146811 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000146811

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000146811

Fecha: 18/04/2022 06:15:36 a.m.

Bogotá D.C.

REF: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Vacaciones ¿Quién autoriza las vacaciones del Gerente de una Empresa de Servicios Públicos? Rad: 20229000107342 del 03 de marzo de 2022.

Acuso de recibo la comunicación de la referencia, a través de la cual pregunta quién autoriza las vacaciones del Gerente de una Empresa de Servicios Públicos; al respecto, me permito señalar:

Inicialmente es pertinente determinar la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos; para ello, es preciso señalar lo preceptuado por 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%". (Subrayado fuera de texto)

Por su parte 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 fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior y atendiendo a la naturaleza jurídica de la E.S.P de Monterrey, se resalta que es una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial y por tanto quienes se vinculen a ella tendrán el carácter de trabajador oficial; 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.

Ahora bien, para establecer el régimen jurídico aplicable los servidores de la empresa oficial, en especial a su gerente, la Ley 489 de 1998 señala 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.

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.

(...) 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 adicioneen.” (Destacado nuestro)

En este sentido, 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 registrarán 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 (...)” (Subraya propia).

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. 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, y con esto el régimen establecido para estos en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968.

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” (Subraya propia)

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.

Si los estatutos de la empresa de servicio público no determinan qué empleos tienen la calidad de empleados públicos, 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. 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:

(...) 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; (...)” (Subraya propia)

Por lo anterior, los gerentes de las empresas de servicios públicos oficiales se les consideran como cargos de libre nombramiento y remoción.

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 Constitución Política, en su artículo 315 estableció sobre las atribuciones de los Alcaldes:

“ARTICULO 315. Son atribuciones del alcalde:

(...)3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes”.

Por su parte, la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, contempla entre las funciones del Alcalde:

“ARTÍCULO 91. Funciones. 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.

Por su parte, el artículo 9 del Decreto 1045 de 1978, aplicable a las entidades territoriales por disposición del Decreto 1919 de 2002, establece que salvo disposición en contrario, las vacaciones serán concedidas por resolución del jefe del organismo o de los funcionarios en quienes el delegue tal atribución. El artículo 12 del Decreto 1045 de 1978, establece que las vacaciones deben concederse por quien corresponde, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho a disfrutarlas.

Así las cosas, se concluye frente a su interrogante, que será el Alcalde respectivo al que le corresponda autorizar las vacaciones de la Gerente de una Empresa de Servicios Públicos de carácter oficial.

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 [/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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Nataly Pulido

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:55:09