



Función Pública

Concepto 183221 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000183221

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000183221

Fecha: 26/05/2021 04:23:10 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO - NATURALEZA. Empresas de Servicios Públicos. Trabajadores oficiales. RADICACIÓN: 20212060201742 del 22 de abril de 2021.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual consulta lo siguiente:

- 1. Una persona que fue vinculada mediante contrato laboral para ejercer labores distintas a la de Representante legal o miembros de juntas directivas de una de empresa de servicios públicos domiciliarios de economía mixta, le es aplicable el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que contempla el artículo 102 y 113 de la ley 489 de 1998.*
- 2. Los trabajadores y empleados de las empresas de economía mixta que prestan servicios públicos domiciliarios constituidas por capital en su mayoría estatal en cuantía superior al 90%, y su vínculo este regulado por el código sustantivo de Trabajo, son catalogados como SERVIDORES PUBLICOS.*
- 3. De tenerse la categoría SERVIDOR PÚBLICO, cual es el régimen disciplinario que le es aplicable, el contemplado por EL CÓDIGO DISCIPLINARIO UNICO o debe aplicarse las causales de despido previstas en el DECRETO 2127 DE 1945 y en el CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, o cualquiera de los dos*
- 4. En el caso que un trabajador y empleado de la empresa de servicios público domiciliarios de economía mixta que tenga la categoría de SERVIDOR PÚBLICO, podrá ser sujeto de la terminación del contrato laboral como estipula la ley 734 de 2002 artículo 45 numeral1, literal c, cuando recibe una sentencia penal en la que hallado autor del delito de LESIONES PERSONALES CULPOSAS, a una la pena principal tres (3) meses (6) días de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión, pero al compararlo con el Código Único Disciplinario.*
- 5. Con base en la premisa anterior, según el Código Disciplinario Único, la pena principal de 3 meses y la inhabilidad, no se constituye en una falta gravísima para dar por terminado el contrato laboral.*
- 6. Se puede conjugar y combinar una causal específica del código disciplinario aplicable a los servidores públicos, con una causal justa de terminación de contrato, contemplado en el Código Sustantivo de trabajo y el Reglamento Interno de la empresa.*
- 7. Es obligación del trabajador y el empleado de la empresa de servicios públicos domiciliarios de economía mixta, informar de una inhabilidad, que no afectaba su contrato laboral, dadas las condiciones de la pena por un delito culposa, ajeno a la afectación al patrimonio de la empresa de economía mixta.*

Al respecto, 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. Ahora bien, debe indicarse que en su petición no se menciona cuál es la empresa de servicios públicos a analizar, tampoco se remitieron anexos sobre documentos relacionados con la estructura y el funcionamiento de la misma, por lo que esta Dirección Jurídica solo hará un análisis de la normativa general relacionada a las empresas de servicios públicos.

La Constitución Política sobre la prestación de servicios públicos, establece:

“ARTÍCULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. (Subrayas fuera del texto)

Por su parte, la Ley 489 de 1998², señala:

–
“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:

(...)

2. La naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico.

–
(...)

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.

(....) (Destacado fuera del texto)

De acuerdo a los Artículos anteriores, la ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar entre sus objetivos y estructura orgánica, la naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico de la entidad. 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 igual sentido, ha dicho la Corte Constitucional que “*de conformidad con lo prescrito por el Artículo 50 de la Ley 489 de 1998, en el acto de creación de cada entidad el legislador debe determinar su estructura orgánica, asunto que incluye la determinación de su régimen jurídico*”³.

Así las cosas, tanto en el acto de creación como en los estatutos de una entidad se reglamentarán el régimen interno de la misma. Lo anterior constituye un instrumento regulador para las relaciones entre sus socios así como también, podrá establecerse la naturaleza jurídica de sus trabajadores, el régimen aplicable a los mismos, el tipo societario, el objeto social, el capital, los órganos de administración, y entre otros elementos.

Ahora bien, 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.

(...)

“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.

(...)” (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 públicos privados serán empresas privadas o mixtas respectivamente.

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 para abordar sus interrogantes, es importante traer a colación la Sentencia C-736 de 2007³, proferida por la Corte Constitucional y cuyo Magistrado Ponente es el Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la que se analizó el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos, para determinar entre otros aspectos sí, las empresas de servicios públicos en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público en concurrencia con cualquier porcentaje de capital privado deben ser consideradas como de carácter mixto, más concretamente como sociedades de economía mixta. En la jurisprudencia se señaló:

5.2. Las empresas de servicios públicos en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público en concurrencia con cualquier porcentaje de capital privado no deben ser consideradas como sociedades de economía mixta.

5.2.1 Según se dijo *ad supra*, esta Corporación definió que el elemento determinante del concepto de sociedad de economía mixta es la participación económica tanto del Estado como de los particulares, en cualquier proporción, en la conformación del capital de una sociedad. En este sentido, como se recordó anteriormente, la Corte ha afirmado que *“esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares”*.⁴ Y en el mismo orden de ideas, en la misma providencia en cita agregó que *“lo que le da esa categoría de “mixta” (a la sociedad) es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares”*. (Paréntesis fuera del original).

5.2.2 No obstante, después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el Artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurran en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad.

Ahora bien, dentro de esa categoría especial diseñada por el legislador y llamada “*empresa de servicios públicos*”, resulta obvio que la ley puede establecer diferencias de regulación que atiendan a distintos factores o criterios de distinción, uno de los cuales puede ser el porcentaje de la participación accionaria pública presente en las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones.

-

(...)

Tratándose de empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales caben distintos porcentajes de participación pública, el legislador puede establecer regímenes de mayor autonomía para aquellos casos en los cuales la participación accionaria privada supera una cierta proporción, en especial cuando supera el cincuenta por ciento (50%) del capital social.

Obviamente, la mayor o menor autonomía concedida por el régimen jurídico y la mayor o menor aplicabilidad de controles derivados de la naturaleza pública, privada o mixta de una institución deben guardar una relación de proporcionalidad directa con la mayor o menor participación pública en la composición accionaria de la sociedad. A menor participación pública, el régimen jurídico debe permitir una mayor autonomía, y viceversa.

5.2.4 Visto lo anterior, la Corte se pregunta ahora si cuando los numerales 6 y 7 del Artículo 14 de la Ley 142 de 1994 prescriben, respectivamente, que (i) “*Empresa de servicios públicos mixta...* “(e)s aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%” y (ii) que “*Empresa de servicios públicos privada...* (e)s 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”, desconocen la Constitución.

Al respecto estima que la redacción de las anteriores disposiciones contempla expresamente dos nuevas categorías de entidades, denominadas “*empresa de servicios públicos mixta*”, y “*empresa de servicios públicos privada*”, sobre cuya naturaleza jurídica se han presentado divergencias interpretativas que ahora conviene aclarar.

Estas divergencias interpretativas en torno de los numerales 6 y 7 del Artículo 14 de la Ley 142 de 1994 se hacen patentes cuando se encuentra que, con base en estas disposiciones, distintos pronunciamientos de la Rama Judicial han llegado a interpretaciones contrarias en lo relativo a si las empresas de servicios públicos mixtas (con participación mayoritaria de capital público o participación igualitaria de capital público y privado) y las empresas de servicios públicos privadas (con participación minoritaria de capital público) son o no sociedades de economía mixta.⁵

5.2.5 Al parecer de la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta resulta contraria a la Constitución. Ciertamente, según se dijo arriba, del Artículo 365 superior se desprende que el régimen y la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos es especial; además, del numeral 7° del Artículo 150 de la Carta, se extrae que el legislador está

constitucionalmente autorizado para crear o autorizar la creación de *"otras entidades del orden nacional"*, distintas de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta.

Por todo lo anterior, la Corte encuentra que cuando el numeral 6 del Artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispone que una empresa de servicios públicos mixta *"(e)s aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50"*, y cuando el numeral 7 de la misma disposición agrega que *una empresa de servicios públicos privada "(e)s 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"*, simplemente está definiendo el régimen jurídico de esta tipología especial de entidades, y estableciendo para este propósito diferencias fundadas en la mayor o menor participación accionaria pública. (Destacado fuera del texto original)

Así mismo, mediante Concepto con radicación No: 2454⁶, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas

"En igual sentido, el profesor Carlos Alberto Atehortúa Ríos señaló:

Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial.⁷

En conclusión, las empresas de servicios públicos mixtas, si bien están constituidas por capital público y privado, al igual que una sociedad de economía mixta, son una tipología especial de entidades públicas, que tienen un régimen y una naturaleza jurídica propios, por así determinarlo el constituyente primario en los Artículos 365 y 367 de la Constitución, características que están definidas en la Ley 142 de 1994, como se indicó. Por tal razón, no deben confundirse con las sociedades de economía mixta. (Destacado fuera del texto original)

De acuerdo al anterior recuento jurisprudencial debe aclararse entonces que resulta contrario a la Constitución indicar que las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta. La Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el Artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean "sociedades de economía mixta". Por lo dicho anteriormente, las empresas de servicios públicos son entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad.

Ahora bien, para determinar la calidad de las personas que prestan sus servicios en empresas de servicios públicos, debe indicarse que el Artículo 123 de la Constitución señala que *"son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"*. (Destacado nuestro)

Por su parte, la mencionada Sentencia C-736 de 2007 sobre este mismo tema, dispuso:

6.2 El régimen jurídico de los servidores de las sociedades de economía mixta y de las empresas de servicios públicos.

(...)

De otro lado, según las voces del Artículo 365 superior, los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. (...)

De manera similar, el Artículo 32 de la Ley 142 de 1994 indica que salvo las excepciones constitucionales o las señaladas en esa misma ley, todas las empresas de servicios públicos se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

Así pues, como segunda conclusión relevante se tiene que, en uso de libertad de configuración legislativa, el Congreso ha establecido como regla general que tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos están sujetas a un régimen de derecho privado. La razones de esta decisión legislativa tienen que ver con el tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo las sociedades de economía mixta, y con la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades, así como también con el régimen de concurrencia con los particulares en que los servicios públicos son prestados por las empresas de servicios públicos, circunstancias estas que implican 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.

6.2.2. Ahora bien, utilizando un criterio orgánico, el Artículo 123 de la Carta señala que *"son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"*. (Subraya la Corte) A su turno, el Artículo 125 *ibídem* establece que *"(l)os empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley"*. Con base en estas dos normas, la Corte ha hecho ver que la noción de "servidor público" es un género que comprende diferentes especies, cuales son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales.⁸ Estos últimos, como es sabido, no se vinculan a la Administración mediante situación legal y reglamentaria, sino mediante contrato de trabajo, al contrario de lo que sucede con los empleados públicos. La jurisprudencia también ha hecho ver que la anterior clasificación emana de la Carta misma, pero que ello no obsta para que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos diferentes de las mencionadas, para lo cual está revestido de facultades expresas en virtud de lo dispuesto por el numeral 23 del Artículo 150 de la Constitución Política.⁹ Así pues, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

De otro lado, la Constitución también deja en manos del legislador el establecimiento de la responsabilidad de los servidores públicos, cuando en su Artículo 124 indica que *"La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva."* Así pues, dado que según se ha examinado en las consideraciones precedentes de esta sentencia, tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos son entidades descentralizadas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, se tiene que las personas que les prestan sus servicios son servidores públicos, por lo cual el legislador puede señalar para ellos un régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Sin embargo, en ejercicio de la anterior facultad, el legislador encuentra límites que devienen directamente de la Carta, como aquellos que están dados por los Artículos 126 y 127 superiores, que expresamente establecen ciertas inhabilidades e incompatibilidades aplicables a todos los servidores públicos. (...)" (Subrayas y negrilla fuera del texto)

Así las cosas, se tiene entonces que, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 123 superior, los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los de las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

Igualmente, el Artículo 32 de la Ley 142 de 1994 indica que salvo las excepciones constitucionales o las señaladas en esa misma ley, todas las empresas de servicios públicos se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

Sobre el particular, el Artículo 41 de la misma Ley 142 de 1994, señaló que:

"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 parágrafo del Artículo 17, se registrarán 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, tienen la calidad

de trabajadores particulares, y se someterán a las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

Adicionalmente deberá indicarse que, estos servidores públicos, se vinculan a la Administración mediante un contrato de trabajo según las normas del Código Sustantivo de Trabajo, tienen la posibilidad de discutir las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, entre otros aspectos. Los pactos y convenciones colectivas, el reglamento interno de trabajo, los laudos arbitrales, hacen parte del contrato de trabajo.

RESPUESTAS A LOS INTERROGANTES:

1. Una persona que fue vinculada mediante contrato laboral para ejercer labores distintas a la de Representante legal o miembros de juntas directivas de una de empresa de servicios públicos domiciliarios de economía mixta, le es aplicable el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que contempla el artículo 102 y 113 de la ley 489 de 1998.

La Ley 489 de 1998 “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”, señala:

ARTICULO 2o. AMBITO DE APLICACION. La presente ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.

-

(...)

ARTICULO 102. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

ARTICULO 113. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.

Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado.

En virtud de los anteriores Artículos, la ley 489 de 1998 es aplicable entre otros, a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos, o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.

Por su parte, de los Artículos 102 y 113 de la ley 489 de 1998 se concluye que los mismos son aplicables para:

- Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, caso en el cual, estarán sujetos al régimen de inhabilidades,

incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

- Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas (art. 113), los cuales estarán sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos.

En este punto es importante señalar que, las inhabilidades e incompatibilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo y, por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede su aplicación analógica ni extensiva.

Ahora bien, la sentencia [C-736](#) de 2007, que se ha analizado alrededor de este concepto, sobre la aplicación del Artículo 102 de la Ley 489 de 1998, indicó;

“LEY 489 DE 1998

“ARTÍCULO 102. Inhabilidades e incompatibilidades. Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen”:

Como fácilmente puede verse, las normas transcritas dejan por fuera de la aplicación de las normas de transparencia contenidas en el Decreto 128 de 1976 a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las sociedades de economía mixta y a los gerentes, directores o presidentes de dichas sociedades cuando en ellos no haya aportes públicos superiores al 90%, y a los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, es decir de aquellas empresas de servicios públicos que no son constituidas con capital cien por ciento público.

Sin embargo, la Corte no estima que la anterior reglamentación contravenga la Constitución. Ciertamente, como se vio, el legislador está revestido de facultades para señalar el régimen jurídico y el régimen de responsabilidad de los servidores públicos de las entidades descentralizadas, y al hacerlo bien puede introducir diferencias fundadas en el porcentaje de capital público presente en dichas entidades. El presente caso, el legislador ha señalado que si en las sociedades de economía mixta el Estado no tiene una inversión que supere el noventa por ciento (90%) del capital, es decir si tiene el ochenta y nueve por ciento (89%) o menos de tal capital, o si en las empresas de servicios públicos el capital social no es totalmente público, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas no se aplicará a tales servidores, como tampoco a sus Gerentes, Directores o Presidentes. (Destacado fuera del texto)

En virtud de la jurisprudencia anterior se tiene entonces que el legislador deja por fuera de la aplicación de las normas de transparencia contenidas en el Decreto 128 de 1976 a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las sociedades de economía mixta y a los gerentes, directores o presidentes de dichas sociedades cuando en ellos no haya aportes públicos superiores al 90%, y a los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de las empresas de servicios públicos mixtas o privadas.

En consecuencia, y para responder este interrogante de su consulta, como quiera que se trata de una persona vinculada mediante contrato laboral distinta a la de Representante legal o miembros de juntas directivas de una de empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, no serán aplicables los artículo 102 y 113 de la ley 489 de 1998, toda vez que el Artículo 102 está dirigido para los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de empresas oficiales (100 % capital la Nación) de servicios públicos domiciliarios, y en este caso, se trata de una Empresa de servicio Público mixta, y de servidores diferentes a los indicados en dicho Artículo.

En igual sentido, no será procedente aplicar el Artículo 113 de la mencionada ley, toda vez que su ámbito de aplicación está dirigido a los representantes legales de las entidades privadas. En el caso de consulta es una empresa de servicios públicos mixta (Público y privada)

2. Los trabajadores y empleados de las empresas de economía mixta que prestan servicios públicos domiciliarios constituidas por capital en su mayoría estatal en cuantía superior al 90%, y su vínculo este regulado por el código sustantivo de Trabajo, son catalogados como SERVIDORES PÚBLICOS.

En virtud de la jurisprudencia señalada en el presente concepto, se reitera que las empresas de servicios públicos en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas tienen aportes iguales o superiores al 50%, no son sociedades de economía mixta, sino sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata la Ley. Señala la Corte que son entidades de tipología especial, por la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos.

Ahora bien, de acuerdo al Artículo 123 de la Constitución, los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las empresas de servicios públicos, son servidores públicos. Igualmente, el Artículo 32 de la Ley 142 de 1994 indica que salvo las excepciones constitucionales o las señaladas en esa misma ley, todas las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. No obstante, aunque su vinculación se hace mediante un régimen de derecho privado no se opone a que sean servidores públicos.

En consecuencia, para responder este interrogante de su consulta, estos servidores se someterán a las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

3. De tenerse la categoría SERVIDOR PÚBLICO, cual es el régimen disciplinario que le es aplicable, el contemplado por EL CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO o debe aplicarse las causales de despido previstas en el DECRETO 2127 DE 1945 y en el CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, o cualquiera de los dos

Es importante señalar que la Ley 734 de 2002 "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", en su Artículo 25 dispuso como destinatarios de la ley disciplinaria a « los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el Artículo 53 del Libro Tercero de este código. (...) Para los efectos de esta ley y en concordancia con el Artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria».

La anterior norma prevé que los servidores públicos son destinatarios de la ley disciplinaria, sin que se haga ningún tipo de excepción.

Sin embargo, como quiera que las empresas de servicios públicos de naturaleza mixta tal y como lo ha dicho la Corte Constitucional, son entidades de carácter especial con una naturaleza jurídica específica, régimen jurídico especial contenido en la Ley 142 de 1994 y demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o complementen, y como quiera que se estableció en la mencionada ley que sus trabajadores se someterán a lo contemplado en lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo en materia de relaciones contractuales, en criterio de esta Dirección Jurídica, será necesario que la empresa a la que se refiere su consulta tenga en cuenta, además de las normas indicadas anteriormente (Código sustantivo y código disciplinario), el cumplimiento de los contratos vigentes con sus trabajadores, en los aspectos relacionados con el reglamento interno de trabajo y su contenido, así como en lo estipulado en su acto de creación y / o estatutos con lo que tenga que determinar cuál será el régimen de sanciones a aplicar a sus trabajadores.

4. En el caso que un trabajador y empleado de la empresa de servicios público domiciliarios de economía mixta que tenga la categoría de SERVIDOR PÚBLICO, podrá ser sujeto de la terminación del contrato laboral como estipula la ley 734 de 2002 artículo 45 numeral1, literal c, cuando recibe una sentencia penal en la que hallado autor del delito de LESIONES PERSONALES CULPOSAS, a una la pena principal tres (3) meses (6) días de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión, pero al compararlo con el Código Único Disciplinario.

5. Con base en la premisa anterior, según el Código Disciplinario Único, la pena principal de 3 meses y la inhabilitación, no se constituye en una falta gravísima para dar por terminado el contrato laboral.

6. Se puede conjugar y combinar una causal específica del código disciplinario aplicable a los servidores públicos, con una causal justa de terminación de contrato, contemplado en el Código Sustantivo de trabajo y el Reglamento Interno de la empresa.

7. Es obligación del trabajador y el empleado de la empresa de servicios públicos domiciliarios de economía mixta, informar de una inhabilitación, que no afectaba su contrato laboral, dadas las condiciones de la pena por un delito culposa, ajeno a la afectación al patrimonio de la empresa de economía mixta.

Se debe recordar que, la resolución de los asuntos particulares corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho y por lo tanto, este Departamento en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para resolver un caso particular.

Así las cosas, las respuestas de la sección de interrogantes 4, 5, 6 y 7 deben ser vistas con base en la reglamentación aplicable a la empresa en este caso, la Ley 142 de 1994, en el acto que dispone su creación, en los estatutos, en lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, en el reglamento interno y en los demás instrumentos especiales aplicables a sus trabajadores.

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 CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Adriana Sánchez

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.
3. Sentencia C-736/07

4. Referencia: expedientes D-6675 y D-6688 acumulados / Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 128 de 1976, los Artículos 38 numeral 2° literal d) (parcial), 68 (parcial) y 102 (parcial) de la Ley 489 de 1998, y el Artículo 14 numerales 6 y 7 de la Ley 142 de 1994. / Actores: David Suárez Tamayo (Expediente D-6675) y Paula Arboleda Jiménez y otros (Expediente D-6688)

5. Sentencia C-953 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

6. Se alude a las divergencias interpretativas que se evidencian de la lectura, entre otras, de las siguientes sentencias: (i) Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2006, expediente 29.703. (ii) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de agosto de 2006, radicación AG-250002325000200401348 01; (iii) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 2006, radicación 30.096. (iv) Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de treinta y uno (31) de enero de dos mil siete. Rad. No. 11001-03-06-000-2007-00002-00 (v) Corte Constitucional, Sentencia T-1212 de 2004; (vi) Corte Constitucional, Auto N° 113 de marzo de 2006

7. Número Único: 11001-03-06-000-2020-00204-00 / Referencia: Naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas. Entidades descentralizadas de servicios públicos mixtas, régimen aplicable. Reglas especiales de hermenéutica en materia de servicios públicos domiciliarios. Régimen de control interno en las empresas de servicios públicos mixtas. Régimen laboral del jefe de control interno en dichas empresas - potestad nominadora.

8. Sentencia C-299 de 1994. M.P Antonio Barrera Carbonell.

9. Cf. *Ibídem*

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:56:59