



Concepto 081971 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000081971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000081971

Fecha: 03/03/2020 07:38:19 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: EMPLEOS. Clasificación. ¿Naturaleza de la clasificación de quienes prestan sus servicios en las empresas de servicios públicos domiciliarios -ESP? RAD.: 20209000067542 del 17 de febrero de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, remitido a este Departamento por parte del Ministerio del Trabajo, mediante la cual consulta respecto de la clasificación de quienes prestan sus servicios en las empresas de servicios públicos domiciliarios -ESP, me permito dar respuesta en los mismos términos de su escrito:

En primer lugar, deben precisarse las diferencias entre los trabajadores oficiales y los empleados públicos, para que en el caso en particular, se pueda determinar su régimen de vinculación.

El artículo 123 de la Constitución Política de Colombia establece:

“ARTÍCULO 123.- Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado.

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, señala:

"ARTICULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE> 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 que 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".

De acuerdo con la norma transcrita, para determinar la clasificación de quienes prestan sus servicios a las entidades u organismos públicos, se deben tener en cuenta dos criterios a saber:

1.- Un criterio funcional, según el cual quienes ejerzan actividades de la construcción y sostenimiento de obras públicas tendrán la calidad de trabajadores oficiales.

2.- Un criterio orgánico (organización), según el cual 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.

Ahora bien, con el fin de atender su planteamiento jurídico, esta Dirección Jurídica considera procedente analizar la clasificación de los trabajadores de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios; en ese sentido, se indica que respecto de la naturaleza de una empresa de servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", establece:

"ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%."

ARTÍCULO 17. NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.

(...)

PARÁGRAFO 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."

ARTÍCULO 41. APLICACIÓN DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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 regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto-ley 3135 de 1968.". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, las empresas de servicios públicos domiciliarios 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 la relación de sus trabajadores se regirán por las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Para el caso en particular, respecto de la naturaleza jurídica de EMERFUSA S.A., se tiene que según la información contenida en su página web, se trata de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, prestadora de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo en el Municipio de Fusagasugá, cuyos aportes son 100% oficiales; en consecuencia se trata de una entidad estatal, organizada como una Empresa Industrial y Comercial del Estado y que según la clasificación que hace la Ley 142 de 1994, es una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios regulada por los estatutos sociales y por la ley 142 de 1994.

Así las cosas y como quiera que de conformidad con lo señalado líneas arriba, quienes prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales y la excepción la constituyen los empleados públicos; se considera procedente que los estatutos de dichas empresas precisen qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

De otra parte, se considera procedente señalar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio y es producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado.

En ese sentido, es procedente señalar que los empleados de libre nombramiento y remoción pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública.

En cuanto al retiro de un trabajador oficial, se precisa que el régimen laboral de los trabajadores oficiales se ceñirá a lo establecido en el contrato individual de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo y el reglamento interno de trabajo. De igual forma y en caso de que no se acuerde entre las partes aspectos básicos de la relación laboral, es posible acudir a lo dispuesto en la Ley 6 de 1945, al Decreto 1083 de 2015 y demás normas que los modifican o adicionan.

Frente a la terminación del contrato de trabajo, el Decreto 1083 de 2015, señala:

"ARTÍCULO 2.2.30.6.11 Terminación del contrato de trabajo. El contrato de trabajo termina:

- 1. Por expiración del plazo pactado o presuntivo.*
- 2. Por la realización de la obra contratada, aunque el plazo estipulado fuere mayor.*
- 3. Por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio.*

4. *Por mutuo consentimiento.*

5. *Por muerte del asalariado.*

6. *Por liquidación definitiva de la empresa, o por clausura o suspensión total o parcial de sus actividades durante más de ciento veinte días, por razones técnicas o económicas, siempre que se haya dado el aviso de que trata el numeral 3o. del artículo 2.2.30.6.8 del presente Decreto, o que se haya pagado un mes de salarios y sin perjuicio de los derechos emanados de contratos a término fijo.*

7. *Por decisión unilateral, en los casos previstos en los artículos 2.2.30.6.12 2.2.30.6.13 y 2.2.30.6.14 del presente Decreto.*

8. *Por sentencia de autoridad competente.”*

De conformidad con lo anterior, la desvinculación del trabajador oficial se rige por las disposiciones convenidas en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el reglamento interno, la convención colectiva, el pacto colectivo y las normas citadas anteriormente.

En ese sentido, se considera procedente que la administración revise las causales de terminación previstas en el contrato de trabajo, en el reglamento interno, el pacto colectivo o en la convención colectiva, en el evento que no se haya dispuesto sobre el particular en los citados instrumentos, se considera procedente acudir a las normas citadas con el fin de determinar la procedencia para la terminación del contrato laboral.

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: Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:20:17