



# Concepto 150601 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000150601\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000150601

Fecha: 20/04/2020 07:38:20 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO - NATURALEZA. Empresas de Servicios Públicos Oficiales. RADICACIÓN: 20209000111542 del 13 de marzo de 2020.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual consulta en una empresa de servicios públicos domiciliarios tiene dentro de sus estatutos un empleo de secretaria de libre nombramiento y remoción desde el 2009 por recomendaciones médicas se encuentra reubicada realizando diferentes funciones; la junta directiva decidió declarar la insubsistencia del empleo de secretaria ya que no cumple con las características de los empleos de libre nombramiento y remoción, de esto dicha junta decidió cambiar la relación laboral y vincular a la secretaria con contrato de trabajo con el mismo salario,

1. El cambio de vinculación genera un menoscabo y vulneración a su fuero por estabilidad laboral reforzada.
2. Que sucede si dicha servidora, se rehúsa a firmar el contrato de trabajo, que sería la nueva forma de vinculación, podrá realizarse una notificación mediante correo certificado a su residencia.
3. Podrá la Servidora demandar en cualquier momento.

Al respecto me permito manifestar lo siguiente:

Respecto del régimen jurídico aplicable a los trabajadores de las empresas de servicios públicos, la Ley 142 del 11 de julio 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. 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.”

14.6. 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%. NOTA: Expresión subrayada declarada EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007.

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. NOTA: Expresión subrayada declarada EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007.

“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 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.*

ARTÍCULO 41. Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE mediante sentencia C-253-96 > 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 regirán por las normas establecidas en el (inciso primero del) artículo 5o. del Decreto-ley 3135 de 1968.”

De lo anterior transcrito se puede establecerse que la naturaleza de las empresas de servicios Públicos son sociedades por acciones, así mismo en la aplicación de diferentes regímenes laborales en las empresas de servicios públicos depende de la naturaleza jurídica de la entidad que presta el servicio público a la cual está vinculado el trabajador si es privada o mixta.

Según lo consagrado en el artículo 17 de la Ley 142 las empresas de servicios públicos oficiales debieron organizarse como Empresas Industriales y Comerciales del Estado, cuyos servidores son en su mayoría trabajadores oficiales y quienes desempeñan empleos de dirección, confianza y manejo tienen la calidad de empleados públicos de libre nombramiento y remoción.

La Constitución Política de Colombia sobre la clasificación de los empleos en el artículo 125, dispone:

“ARTICULO 125. Los 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. (...)

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. (...)” (Subrayado fuera de texto)

Al respecto, se precisa que los empleados de libre nombramiento y remoción como su nombre lo indica, 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 razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera.

Es así como, la Ley 909 de 2004, en relación con la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción en el artículo 41, expresa:

“ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a). Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (...)

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

-  
La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Conforme a lo anterior, 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 este orden de ideas los empleados de libre nombramiento y remoción por la naturaleza de su vinculación el nominador tiene la facultad discrecional de remover a dichos empleados por lo que, para el presente caso, no se vulneraría estabilidad laboral reforzada.

En cuanto a su segunda consulta, es de aclarar que se iniciaría una nueva vinculación ya que el empleo de libre nombramiento y remoción se declara insubsistente, por las circunstancias expuestas en la Consulta, por lo que la suscripción de un contrato laboral iniciaría una nueva relación laboral con la empresa de servicios públicos, si la persona no lo firma terminaría la relación con la empresa.

En cuanto las formalidades de la suscripción del contrato laboral, es potestad de la empresa determinar el procedimiento para el mismo y las condiciones en las cuáles se celebraría de conformidad con sus estatutos.

Respecto a la tercera inquietud, en cuanto a que la servidora podría demandar, se debe anotar que es una posibilidad si la persona considera que se han vulnerado alguno de sus derechos.

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

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:54:39*