



Función Pública

Concepto 211841 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000211841

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000211841

Fecha: 03/06/2020 03:02:21 p.m.

Bogotá D.C.

REF.- RETIRO DEL SERVICIO. Terminación Del contrato. Terminación de un contrato de trabajo durante emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19. RAD. 2020-206-022120-2 del 1 de junio de 2020.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual presenta varios interrogantes relacionados con retiro del servicio durante la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19, así como de inhabilidades e incompatibilidades, me permito dar respuesta en el mismo orden de su presentación, teniendo en cuenta las facultades legales atribuidas a este Departamento, así:

1.- A su primer interrogante, relacionado con la terminación del contrato de trabajo de una trabajadora que tiene la calidad de madre cabeza de familia y que presta sus servicios a una empresa de servicios públicos; teniendo en cuenta la coyuntura originada por la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19, o si por el contrario goza de algún tipo de protección laboral, le indico lo siguiente:

En primer lugar, se indica que para determinar la clasificación de los trabajadores de una empresa de servicios públicos ESP, se considera requiere establecer la naturaleza jurídica de la respectiva empresa, frente al particular 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 17o., 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 empleado público y 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 regirá por las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

De otra parte, señala el parágrafo 1 del artículo 17 de la mencionada Ley 142 de 1994 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.

Así mismo, se tiene que de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del Decreto Ley 3135 de 1968, 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.

Para el caso en particular, y como quiera que de la información contenida en su escrito ni en la información de la página web de la empresa es posible determinar la naturaleza jurídica de la misma, se colige que le corresponde al interesado determinar su naturaleza jurídica y a partir de allí determinar el régimen laboral de sus trabajadores.

En el caso que se trate de una empresa de servicios públicos mixta o privada, su régimen laboral corresponde al derecho privado; es decir, por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo.

Si por el contrario, se trata de una empresa oficial, según la clasificación que hace la Ley 142 de 1994, es una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios regulada por la Ley 142 de 1994, y lo previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, por tanto, quienes presten sus servicios a la misma son considerados como trabajadores oficiales y por excepción empleados públicos, su régimen laboral se rige por las disposiciones contenidas en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, convención colectiva o pacto colectivo en el caso que exista, de lo contrario, se rigen por lo previsto en la Ley 6 de 1945 y en el Decreto 1083 de 2015.

En cuanto al retiro de un trabajador oficial, se tiene que de conformidad con el artículo 2.2.30.6.11 del Decreto 1083 de 2015, el contrato de

trabajo termina, entre otras causas, por expiración del plazo pactado o presuntivo.

De otra parte, se precisa que una vez revisadas las normas emitidas por el Gobierno Nacional durante la emergencia ocasionada por el covid-19, no se evidencia una que prorrogue de manera automática los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales.

Ahora bien, en cuanto a la protección laboral denominado reten social, le indico que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 establece que no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la mencionada ley.

En ese sentido, se tiene que la ley ha otorgado un amparo especial a los servidores públicos que se encuentren en situación especial de protección; no obstante, dicho beneficio no es absoluto, en la medida que de conformidad con lo señalado en la mencionada norma y en el artículo 13 del Decreto 190 de 2003, para efectos de acceder al beneficio, la entidad se debe encontrar en proceso de rediseño institucional y el servidor público debe demostrar una condición especial; por su parte, la entidad deberá verificar que se presente tal condición.

En criterio de lo expuesto, de acreditarse cualquiera de las condiciones descritas en la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003; entre los cuales tenemos a las “madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años”, la entidad que se encuentre en desarrollo de procesos de reestructuración o liquidación, en los que eventualmente se pueda ver comprometida la estabilidad laboral de los servidores públicos, deberá asegurar y mantener en su cargo a quien se encuentre en dicha situación de debilidad manifiesta, situación que, de acuerdo con su escrito, no se presenta en el caso objeto de su consulta.

De otra parte, y como quiera que el país afronta una emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19, la entidad deberá ponderar la situación de la servidora pública, junto con las necesidades institucionales, y a partir de allí determinar si renueva los contratos de trabajo que cumplen el plazo pactado o finaliza la relación contractual; dicha decisión es propia de la entidad.

2.- A su segundo y tercer interrogantes de su escrito, relacionados con establecer si existe inhabilidad para que el hijo de un primo del alcalde y la cónyuge del cuñado del alcalde suscriban contratos estatales o se vinculen en las entidades públicas del respectivo municipio, me permito indicar lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional¹ y el Consejo de Estado², el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por 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, son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

En atención al interrogante de su escrito, referente a establecer si existe algún tipo de prohibición para que parientes de un alcalde suscriban contratos Estatales o se vinculen como empleados en las entidades públicas del respectivo municipio, se precisa que frente al particular el artículo 49 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000³, señala lo siguiente:

“ARTICULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES. <Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles> <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Los cónyuges o compañeros permanentes, y

parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

<Inciso 2o. declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-903-08 de 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería, 'en el entendido de que esta prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece el artículo 292 de la Constitución Política.' > *Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.*

<Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley 1296 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> *Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.*

PARÁGRAFO 1o. *Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.*

PARÁGRAFO 2o. *Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.*

PARÁGRAFO 3o. *Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil."*

<Los apartes subrayados de este artículo fueron declarados CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029-09 de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, '... en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo". >

Tal como lo establece el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, los cónyuges o compañeros permanentes de, entre otros, los alcaldes, y sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, no podrán ser designados empleados del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Por su parte, el inciso tercero ibídem, establece que los cónyuges o compañeros permanentes de, entre otros, los alcaldes municipales y distritales, y sus parientes en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

Ahora bien, para determinar el grado de parentesco entre las personas, es importante acudir a lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil Colombiano, que determina lo siguiente:

"ARTICULO 35. <PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD>. Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre."

"(...)"

"ARTICULO 37. <GRADOS DE CONSANGUINIDAD>. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí."

"(...)"

"ARTICULO 41. <LINEAS Y GRADOS DEL PARENTESCO>. En el parentesco de consanguinidad hay líneas y grados. Por línea se entiende la serie y orden de las personas que descienden de una raíz o tronco común."

"(...)"

"ARTICULO 44. <LINEA COLATERAL>. La línea colateral, transversal u oblicua, es la que forman las personas que aunque no procedan las unas de las otras, si descienden de un tronco común, por ejemplo: hermano y hermana, hijos del mismo padre y madre; sobrino y tío que proceden del mismo tronco, el abuelo."

"(...)"

"ARTICULO 46. <LINEA TRANSVERSAL>. En la línea transversal se cuentan los grados por el número de generaciones desde el uno de los parientes hasta la raíz común, y desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en segundo grado; el tío y el sobrino en tercero, etc."

Es necesario precisar que el parentesco por afinidad se encuentra definido en el artículo 47 de Código Civil Colombiano, así:

"Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer." (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre, mientras que los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones; por su parte, el parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

De acuerdo con lo expuesto, es procedente señalar que por expresa disposición legal, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad; es decir, padres, hijos, abuelos, nietos, bisabuelos, biznietos, tíos, sobrinos y primos de los alcaldes municipales; y los parientes hasta el segundo grado de afinidad; es decir, suegros, yeros, nueras y cuñados, se encuentran inhabilitados para suscribir contratos estatales con las entidades públicas del respectivo municipio o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

En consecuencia, se colige que no se evidencia inhabilidad alguna para que el hijo de un primo del alcalde y la cónyuge del cuñado del alcalde suscriban contratos estatales o se vinculen en las entidades públicas del respectivo municipio, en razón a que no se encuentra dentro de los grados de parentesco prohibidos por la norma.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades

aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.
3. *"Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional"*

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:08:59