



Función Pública

Concepto 275331 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000275331

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000275331

Fecha: 25/06/2020 01:20:45 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. Naturaleza Jurídica. Radicado: 20209000253612 del 17 de junio de 2020.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual indica que en una empresa de servicios públicos, 100% oficial, en la que al momento de la creación, vincularon personas a laborar por medio de una relación legal y reglamentaria (resolución de nombramiento y acta de posesión), posterior a eso se vincularon a la carrera administrativa y actualmente tienen derechos de carrera administrativa, pero en realidad debían vincularlos por medio de un contrato laboral puesto que debían ser trabajadores oficiales, por lo tanto consulta:

"1. ¿Debe la empresa de servicios públicos relacionar a sus trabajadores como empleados públicos o como trabajadores oficiales?

2. Si la relación es de trabajador oficial como quedaría su situación frente a los derechos de carrera administrativa adquiridos?

3. Puede evaluarse el desempeño laboral de acuerdo a lo establecido por la ley 909 a los empleados públicos que cumplan funciones o tareas de trabajadores oficiales de una empresa de servicios públicos por ejemplo operador de pozos?

Se da respuesta en los siguientes términos:

De conformidad con lo indicado en el artículo 5° del Decreto Ley 3135 de 1968, quienes prestan sus servicios en una empresa industrial y comercial del Estado, se consideran 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.

En cuanto a la forma de vinculación, tenemos que el trabajador oficial se vincula mediante un contrato de trabajo el cual regula el régimen del servicio que va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables, las cuales están regidas por normas especiales que consagran un mínimo de derechos laborales; sin que para su vinculación se requiera efectuar concurso de méritos.

La relación laboral del trabajador oficial con la administración, tiene implicaciones bilaterales, esto significa en principio un acuerdo de voluntades para fijar o modificar las condiciones de trabajo tales como la jornada laboral, los salarios, las prestaciones sociales, los términos de duración del contrato, que bien pueden hacerse realidad individualmente o mediante convenciones colectivas firmadas con los sindicatos de este tipo de servidores.

Ahora bien, es importante precisar que se consideran empleados públicos (Conforme el Artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968), quienes prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos; el empleado público se vincula con la administración mediante una modalidad legal o reglamentaria, el acto se concreta en el nombramiento y la posesión.

El régimen del servicio está previamente determinado en la ley; por regla general el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro se rigen por el sistema de carrera administrativa.

En cuanto a la forma de vinculación, según el artículo 30 de la ley 909 de 2004, los concursos o procesos de selección para la provisión de empleos de carrera serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin.

Es decir, de conformidad con lo anterior, es viable concluir que la vinculación laboral y el régimen de administración de personal aplicable a quienes ostentan la calidad de trabajadores oficiales se traduce en que se vinculan mediante un contrato de trabajo, en ese sentido, se tiene que las condiciones laborales se encuentran establecidas en dicho contrato, el reglamento interno de trabajo, la convención colectiva o el pacto colectivo en el evento que existan.

Su proceso de selección de los trabajadores oficiales al servicio del Estado no se encuentra reglamentado como si lo está la provisión de los empleos públicos de carrera administrativa, en ese sentido, se considera que el jefe del organismo tiene la facultad para establecer la modalidad de escogencia de los trabajadores que prestan sus servicios a la empresa.

De conformidad con lo anterior para dar respuesta a sus interrogantes, la entidad consultante, debe tener en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad, con ello que la modalidad de la vinculación de sus empleados, por regla general corresponde a trabajadores oficiales, y que estatutariamente precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, siendo cargos de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, respecto del segundo interrogante, será la entidad quien ajuste los nombramientos en la entidad de conformidad con la normatividad vigente, teniendo en cuenta que los Derechos de carrera se adquieren únicamente después de superar un concurso público de méritos, así como la superación del respectivo periodo de prueba.

En cuanto a su tercer interrogante, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, estableció:

ARTÍCULO 38. Evaluación del desempeño. El desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa deberá ser evaluado y calificado con base en parámetros previamente establecidos que permitan fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales. A tal efecto, los instrumentos para la evaluación y calificación del desempeño de los empleados se diseñarán en función de las metas institucionales.

El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período anual, establecido en las disposiciones reglamentarias, que deberán incluir dos (2) evaluaciones parciales al año. No obstante, si durante este período el jefe del organismo recibe información debidamente soportada de que el desempeño laboral de un empleado es deficiente podrá ordenar, por escrito, que se le evalúen y califiquen sus servicios en forma inmediata.

Sobre la evaluación definitiva del desempeño procederá el recurso de reposición y de apelación.

Los resultados de las evaluaciones deberán tenerse en cuenta, entre otros aspectos, para:

- a) Adquirir los derechos de carrera;
- b) Ascender en la carrera;
- c) Conceder becas o comisiones de estudio;
- d) Otorgar incentivos económicos o de otro tipo;
- e) Planificar la capacitación y la formación;
- f) Determinar la permanencia en el servicio.

ARTÍCULO 39. Obligación de evaluar. Los empleados que sean responsables de evaluar el desempeño laboral del personal, entre quienes, en todo caso, habrá un funcionario de libre nombramiento y remoción, deberán hacerlo siguiendo la metodología contenida en el instrumento y en los términos que señale el reglamento que para el efecto se expidan. El incumplimiento de este deber constituye falta grave y será sancionable disciplinariamente, sin perjuicio de que se cumpla con la obligación de evaluar y aplicar rigurosamente el procedimiento señalado.

El Jefe de Control Interno o quien haga sus veces en las entidades u organismos a los cuales se les aplica la presente ley, tendrá la obligación de remitir las evaluaciones de gestión de cada una de las dependencias, con el fin de que sean tomadas como criterio para la evaluación de los empleados, aspecto sobre el cual hará seguimiento para verificar su estricto cumplimiento.

El Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, definió la evaluación de servicios así:

ARTÍCULO 2.2.8.1.1 Definición. La evaluación del desempeño laboral es una herramienta de gestión que, con base en juicios objetivos sobre la conducta, las competencias laborales y los aportes al cumplimiento de las metas institucionales de los empleados de carrera y en período de prueba en el desempeño de sus respectivos cargos, busca valorar el mérito como principio sobre el cual se fundamenten su permanencia y desarrollo en el servicio.

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que los funcionarios de carrera administrativa, son los destinatarios de la evaluación del desempeño de conformidad con las normas previamente referidas.

De otra parte, es importante tener en cuenta la naturaleza jurídica de la Empresa de Licores de Cundinamarca, que es la de Empresa industrial y comercial de estado, el régimen jurídico laboral de las mismas, se encuentra establecido en el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, que establece que, 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.

Es decir, la evaluación de desempeño laboral en cargos de libre nombramiento de gerencia pública se efectúa de acuerdo con el sistema de evaluación de gestión, ahora bien, la evaluación del desempeño de cargos de libre nombramiento y remoción, distintos a los de Gerencia Pública, podrán ser evaluados con los criterios y los instrumentos que se aplican en la entidad, para los empleados de carrera, de conformidad con el parágrafo del artículo 2.2.10.10., del Decreto 1083 de 2015.

Ahora bien, para el caso de los trabajadores oficiales, la realización o no de evaluación del desempeño, dependerá de lo dispuesto en el contrato de trabajo, en el reglamento interno, o en la convención colectiva de trabajo.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo>, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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.

Atentamente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:22:56