



Función Pública

Concepto 222351 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000222351

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000222351

Fecha: 29/06/2021 05:59:50 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: RETIRO DEL SERVICIO. Terminación de contrato laboral de un trabajador oficial. RAD.: 20212060448382 del 27 de mayo de 2021.

Acuso recibo comunicación remitida a este Departamento Administrativo por parte del Ministerio de Trabajo, mediante la cual consulta si los contratos laborales de los trabajadores oficiales de una sociedad de economía mixta del nivel departamental se encuentran vigentes, lo anterior, en razón a que la empresa se encuentra en parálisis laboral desde el 27 de abril del año 2017 y en causal de liquidación desde el 4 de abril de 2019.

Adicionalmente consulta, si la declaratoria de incumplimiento del acuerdo de reestructuración aprobada por el promotor y la Supersociedades es óbice para realizar la terminación de los contratos de trabajo, bajo la figura del despido legal contenida en el artículo 61 del CST.

Inicialmente, es preciso indicar que conforme establecido en el Decreto 430 de 2016, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por lo anterior, se deduce que esta entidad no es un organismo de control o vigilancia y no cuenta con la facultad legal para determinar derechos individuales, ni tiene la potestad legal para señalar a las entidades públicas como se debe adelantar el manejo de su personal, por consiguiente, las manifestaciones dadas mediante conceptos tienen la finalidad de dar orientación general de las normas de administración de personal en el sector público en el marco del alcance que determina el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011; es decir, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución y no comprometen a la entidad pública.

a.- Puntualizado lo anterior, y en atención a su primer interrogante, me permito manifestar lo siguiente:

1.- Sociedades de economía mixta.

Respecto a las sociedades de economía mixta, 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, establece:

“ARTÍCULO 38.- *Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.* La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...)

PARÁGRAFO 1.- Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

(...)

ARTÍCULO 97. *Sociedades de Economía Mixta.* Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

(...).

PARAGRAFO. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.” (Subrayas y negrilla nuestro)

A su vez el Código de Comercio señala:

“ARTÍCULO 461. *Definición de la Sociedad de Economía Mixta.* Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado.

Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.”

De conformidad con el párrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, en el evento en que el Estado tenga una participación en el capital social de la empresa superior al 90%, su régimen será el de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, en la cual según el Decreto Ley 3135 de 1968 sus trabajadores tienen la calidad de Trabajadores Oficiales. Para las demás sociedades de economía mixta, esto es, aquellas que tienen una participación del Estado del 89.99% en el capital o un porcentaje inferior a este se rigen en su actividad comercial y en sus vinculaciones laborales por las disposiciones del derecho privado, lo que significa que sus trabajadores se rigen por las disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo.

2.- Condiciones de los trabajadores oficiales.

Ahora bien, en relación con las condiciones de trabajo de los trabajadores oficiales, este Departamento Administrativo ha sido consistente al manifestar que, a diferencia de los empleados públicos, los trabajadores oficiales tienen una relación contractual con la Administración, que les

permite negociar sus condiciones laborales. Sobre el particular, el tratadista Diego Younes Moreno, en su libro Derecho Administrativo Laboral, expresa lo siguiente:

"La modalidad contractual laboral otorga a quien por ella se vincula a la Administración el carácter de trabajador oficial y se traduce en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo obviamente la posibilidad de discutir las condiciones aplicables". (Subrayas fuera del texto)

De lo anterior y lo dispuesto en la norma legal sobre la materia, se deduce que el tipo de vinculación de los trabajadores oficiales es de carácter contractual; es decir que, las condiciones laborales de los trabajadores oficiales se establecen en el contrato de trabajo, en el reglamento interno de trabajo, en la convención colectiva o pacto colectivo y lo no dispuesto en estos instrumentos se atenderá lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1083 de 2015.

Así las cosas, se considera que, tratándose de trabajadores oficiales, la modalidad de vinculación es la contractual laboral, que se traduce en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables, en ese sentido, es posible que en las causales de terminación de un contrato laboral se encuentren determinados en el reglamento interno de trabajo, en convenciones colectivas, pactos colectivos o contrato de trabajo.

3.- Existencia de la relación laboral.

En cuanto a la existencia de una relación laboral, se considera pertinente indicar que el Decreto 1083 de 2015 determina lo siguiente:

"TÍTULO 30

NORMAS RELATIVAS AL TRABAJADOR OFICIAL

CAPÍTULO 1

PRINCIPIOS GENERALES

ARTÍCULO 2.2.30.1.1 Tipos de vinculación a la administración pública. Los empleados públicos están vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria y los trabajadores oficiales por un contrato de trabajo.

En todos los casos en que el empleado se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral.

(...)

ARTÍCULO 2.2.30.2.1 Contrato de trabajo. Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el empleador, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y este último a pagar a aquella cierta remuneración.

ARTÍCULO 2.2.30.2.2 Elementos del contrato de trabajo. En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos

tres elementos:

1. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo.
2. La dependencia del trabajador respecto del empleador, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional.
3. El salario como retribución del servicio.

ARTÍCULO 2.2.30.2.3 Prevalencia de la realidad sobre las formas. Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del empleador, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera.”

De acuerdo con lo previsto en el Decreto 1083 de 2015, para el caso de los trabajadores oficiales, se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el empleador, en el caso que existan obligaciones recíprocas uno (el trabajador), a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y el segundo (administración) a pagar a aquella cierta remuneración.

Señala igualmente la norma que, en consecuencia, para que exista un contrato de trabajo se requiere que concurren los siguientes elementos: una actividad realizada por el trabajador, una subordinación del trabajador ante la Administración y un salario o retribución del servicio.

En ese sentido, en el caso que los trabajadores no asistan a cumplir con las funciones o actividades propias de su trabajo, se considera que no se cumplen con las condiciones previstas en el Decreto 1083 de 2015 para que se configure el contrato de trabajo.

Adicionalmente, determina el mencionado Decreto 1083 de 2015 que, en materia de la relación laboral con los trabajadores, se deberá dar prevalencia a la realidad sobre las formas.

4.- Pago de salarios.

En relación con el reconocimiento y pago de salarios a favor de los servidores públicos, el mencionado Decreto 1083 de 2015 contempla:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.56. Pago de la remuneración de los servidores públicos. El pago de la remuneración a los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la nómina por parte de la autoridad competente al interior de cada uno de los organismos o entidades.

El jefe inmediato deberá reportar al jefe de la Unidad de Personal o a quien haga sus veces, la inasistencia a laborar del personal a su cargo. La ausencia de este reporte será sancionada de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002, y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

La Unidad de Personal o quien haga sus veces requerirá al servidor público que no concurra a laborar sin previa autorización de la autoridad competente para que informe, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al hecho que genera la ausencia, los motivos que la ocasionaron. El jefe del organismo o en quien este delegue evaluará si hubo justa causa para no asistir.

Cuando los motivos dados por el servidor no constituyan justa causa de conformidad con las normas legales o no justifiquen la inasistencia, el jefe del organismo o en quien este delegue, informara al servidor para que presente los recursos a que haya lugar.

Si el jefe del organismo o en quien este delegue decide que la ausencia no está justificada deberá proceder a descontar el día o los días no laborados.

El descuento se hará sin perjuicio de las actuaciones que se deriven del incumplimiento de los deberes inherentes a la condición de servidores públicos, previsto en la normativa vigente.”

De acuerdo con la norma transcrita, el reconocimiento y pago de la remuneración a favor de los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la nómina por parte de la autoridad competente al interior de cada uno de los organismos o entidades.

Para lo anterior, el jefe inmediato deberá reportar al jefe de la Unidad de Personal o a quien haga sus veces, la inasistencia a laborar del personal a su cargo. La ausencia de este reporte será sancionada de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002, y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

En ese sentido, en el caso que el servidor público no justifique su inasistencia al sitio de trabajo podrá dar lugar al descuento de salarios, sin perjuicio de las actuaciones que se deriven del incumplimiento de los deberes inherentes a la condición de servidores públicos, previsto en la normativa vigente (como es el caso del abandono del cargo).

5.- Conclusiones.

De acuerdo con lo expuesto y en atención puntual a su primer interrogante, en criterio de esta Dirección Jurídica, tratándose de trabajadores oficiales, la modalidad de vinculación es la contractual laboral, que se traduce en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables, en ese sentido, es posible que en las causales de terminación de un contrato laboral se encuentren determinados en el reglamento interno de trabajo, en convenciones colectivas, pactos colectivos o contrato de trabajo, en lo no regulado en estos instrumentos, se deberá acudir a lo previsto en la Ley 6 de 1.945 y en el Decreto 1083 de 2015.

Para el caso de los trabajadores oficiales, se entiende contrato de trabajo a la relación jurídica entre el trabajador y el empleador, en el caso que el trabajador ejecute una o varias obras o labores, preste personalmente un servicio intelectual o material, a favor de una entidad pública, bajo su subordinación, y que la Administración, reconozca y pague una remuneración por estos servicios.

En ese sentido, para que exista un contrato de trabajo se requiere que concurren los anteriores tres elementos a saber, una actividad realizada por el trabajador, una subordinación del trabajador ante la Administración y un salario o retribución por el servicio.

En consecuencia, en el caso que los trabajadores no asistan a cumplir con las funciones o actividades propias de su trabajo, no exista subordinación y, en consecuencia, la administración no pague remuneración a favor de estos, se considera que no se cumplen con las condiciones previstas en la norma para que se configure el contrato de trabajo.

Por consiguiente, y como quiera que según su escrito desde el 27 de abril de 2017 no se presentan a laborar los trabajadores oficiales, y la administración no reconoce remuneración alguna, en criterio de esta Dirección jurídica, se colige que desde esa fecha no concurren los elementos indispensables para que exista un contrato de trabajo.

b.- A su segundo interrogante, mediante el cual consulta si la declaratoria de incumplimiento del acuerdo de reestructuración aprobada por el promotor y la SuperSociedades es óbice para realizar la terminación de los contratos de trabajo, bajo la figura del despido legal contenida en el artículo 61 del CST, le indico lo siguiente:

De acuerdo con lo previsto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 550 de 1.999, en caso de incumplimiento del acuerdo de reestructuración aprobada por el promotor y la SuperSociedades podrá derivar en la inminente liquidación de la sociedad de economía mixta.

Ahora bien, una vez ordenada su liquidación, se deberá dar estricto cumplimiento a lo previsto en la Ley 1105 de 2006 "Por medio de la cual se modifica el Decreto-ley 254 de 2000, sobre procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones.", norma que se deberá aplicar a las entidades públicas del nivel territorial, en virtud de lo previsto en el parágrafo 1° del artículo 1°.

En consecuencia, ordenada la liquidación de la entidad, se nombrará un agente liquidador, quien será la autoridad facultada para determinar la posibilidad de dar por terminados algunos contratos laborales, sin perjuicio de contemplar en las fases de liquidación de la entidad, el momento en el que se suprimirán de la planta de personal respectiva los cargos adscritos a la misma.

En cuanto a la terminación de los contratos laborales 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 3. 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 lo anterior, para poder dar por terminado el contrato de trabajo, la norma señala entre las causales, el numeral 6 por liquidación definitiva de la empresa.

En consecuencia, si la situación de la empresa se encuentra enmarcada en alguna de las causales de terminación del contrato laboral, la

empresa podrá dar por terminado la relación laboral.

En ese sentido, y atendiendo puntualmente su interrogante, se deduce que la declaratoria de incumplimiento de la reestructuración de que trata la Ley 550 de 1.999, podrá derivar en la liquidación de la entidad y por ende el nombramiento de un agente liquidador, quien será el facultado para determinar la pertinencia de dar por terminados algunos contratos laborales (respetando en todo caso las normas que rigen la materia) y, definiendo el momento en el que se deberá liquidar los cargos de la planta de personal, según las fases de liquidación.

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 13:51:57