



Función Pública

Concepto 313201 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000313201

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000313201

Fecha: 25/08/2021 05:10:36 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPLEO – NATURALEZA –. Trabajadores oficiales, Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios. Concurso de méritos. RADICADO: 20212060545502 del 28 de julio de 2021.

Acuso recibo a su comunicación remitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante el cual consulta, se informe si una empresa de servicios públicos con denominación E.S.P Empresa industrial y comercial del Estado, requiere para cubrir sus vacantes de forma definitiva, ofrecer sus empleos a través de los concursos de méritos que realiza la Comisión Nacional del Servicio Civil, o si a potestad la empresa puede realizarlo internamente.

Al respecto, me permito manifestarle 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 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.

Por otro lado, es importante determinar el tipo de vinculación que tiene las empresas Industriales y Comerciales del Estado, el decreto ley 3135 de 1968 dispone:

ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. 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 qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Nota: (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE mediante Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional)

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. Subrayado declarado exequible”

Así mismo, el Decreto 1333 de 1986, consagra:

“ARTÍCULO 292. Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta, municipales con participación estatal mayoritaria son trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.” (Subrayado nuestro)

Atendiendo la citada normativa, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se conforman por trabajadores oficiales, a excepción, de aquellos señalados en los estatutos que deban desarrollar actividades de dirección o confianza, los cuales tendrán la calidad de empleados públicos. Razón por la cual, los empleados públicos y los trabajadores oficiales se diferencian en cuanto a la forma de vinculación ya que los empleados públicos son los de dirección y confianza y tiene un relación legal y reglamentaria, los demás son trabajadores oficiales los cuales se vinculan a través de contrato laboral.

Respecto a los concursos de méritos, el Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, consagra:

“ARTÍCULO 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.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes...” (Subrayado nuestro).

De conformidad con lo anterior, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito. Este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes determinantes de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el Artículo 53 de la Carta.

En el mismo sentido, 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, establece:

“ARTÍCULO 29. Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño.

ARTÍCULO 30. Competencia para adelantar los concursos. Los concursos o procesos de selección 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. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos. (...)” (Subrayado nuestro).

De conformidad con lo anterior, los concursos para proveer los empleos públicos serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño y la Comisión Nacional del Servicio Civil es el organismo facultado por la Constitución y la Ley para administrar la carrera administrativa, así como para adelantar los procesos de selección.

Como quiera que los cargos de trabajadores oficiales no son de Carrera administrativa, sino que se vinculan mediante contrato laboral, se colige que su vinculación no se efectúa mediante concurso de méritos y por ende no lo adelanta la CNSC

Por lo tanto, dando contestación a su consulta, para poder realizar concurso de méritos dentro de una entidad es necesario verificar el empleo a proveer, ya que la provisión a través del mérito son para los empleos públicos de carrera administrativa y los que señale expresamente la ley.

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: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:34:17