



Función Pública

Concepto 047371 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000047371

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000047371

Fecha: 28/01/2022 08:40:25 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: Tema: Empleo Subtema: Naturaleza de cargos RADICACION: 20219000749952 del 17 de diciembre de 2021

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

“Las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales territoriales pueden aprobar actualizaciones o modificaciones al manual de funciones en el periodo comprendido entre el 13 de noviembre de 2021 hasta el 19 de junio de 2022, ¿y empezar a proveer los cargos después de la fecha de elección del presidente? o definitivamente no se puede aprobar ninguna modificación al manual de funciones, ¿sino hasta después del 19 de junio de 2022? ¿Si la ESP tiene 10 trabajadores oficiales vinculados mediante contratos laborales a término fijo desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2021? ¿La entidad debe realizar renovación de dichos contratos obligatoriamente, y por cuánto tiempo mínimo debe ser la renovación? o a partir del 1 de enero de 2022 puede contratar 10 trabajadores oficiales diferentes? ¿Dichos contratos nuevos deben ir mínimo hasta el 19 de junio de 2022 o se puede contratar por menos tiempo? ¿Si durante el término del 13 de noviembre de 2021 hasta el 19 de junio de 2022 se inicia un proceso disciplinario a un trabajador y se determina la terminación del contrato con justa causas, se puede hacer? Se puede contratar a otra persona que cubra la vacante o es mejor esperar hasta después del 19 de junio de 2022. La ESP de Monterrey se rige por el régimen del derecho privado para los actos de las empresas. (...) La pregunta es si la EPM le aplica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa, teniendo en cuenta que nos regimos por la contratación privada.”

Me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el Artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968¹, señala:

“ARTICULO 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 que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

(...)

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores del Estado.

Por su parte, la Ley 909 de 2004², preceptúa:

“ARTÍCULO 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices

...

ARTÍCULO 19. El empleo público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.”

En el mismo sentido, es pertinente referirse al concepto de planta de personal que se entiende como el conjunto de los empleos permanentes requeridos para el cumplimiento de los objetivos y funciones asignadas a una organización, identificados y ordenados jerárquicamente y que corresponden al sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos establecidos mediante el Decreto Ley 785 de 2005³ y Decreto 1083 de 2015⁴ Único Reglamentario del Sector Función Pública.

Ahora bien, en la consulta en particular igualmente vale la pena abordar la Ley 142 de 1994⁵ que, en lo atinente al caso bajo estudio estipuló:

“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%. (Subrayado fuera de texto)

(...)

“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 1. 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 17., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del Artículo 5o. del Decreto-ley 3135 de 1968.” (Subrayado y resaltado por fuera del texto original)

Por su parte el Artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 dispone:

“ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE mediante sentencia C-484-95 >. 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).

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.”

De lo anterior puede concluirse que la distinción 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. En este sentido, 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 trabajador oficial y se rigen por normas de derecho público propio de las entidades estatales. En cambio, si se trata de recursos provenientes del sector privado y aportes públicos, la relación de sus trabajadores se regirá por las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Frente a la inclusión de trabajadores oficiales en la planta de personal de una empresa de servicios públicos, el Decreto 1042 de 1978⁶ establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 76. De la inclusión de los cargos de trabajadores oficiales en las plantas de personal. Los organismos que desarrollen actividades de construcción y mantenimiento de obras públicas, fijarán en sus respectivas plantas de personal el número de cargos permanentes que para el desempeño de esas labores serán ocupados por trabajadores oficiales. En cada planta deberá señalarse la apropiación presupuestaria para atender al pago de los salarios de dichos trabajadores.

Las plantas de personal de los establecimientos públicos indicarán el número de empleados de carácter puramente auxiliar y operativo que, de acuerdo con sus estatutos serán desempeñados por trabajadores oficiales, así como la apropiación total destinada al pago de los salarios de tales trabajadores.

En ningún caso el número de trabajadores oficiales vinculados al servicio de una entidad podrá exceder el total de cargos fijados para este tipo de servidores en la respectiva planta de personal.”

De acuerdo con lo señalado los trabajadores oficiales podrán hacer parte de la planta de personal de una empresa de servicios públicos y se deberá indicar el número de cargos permanentes, así como la apropiación presupuestal para el pago de sus salarios. Así mismo, la planta de personal podrá estar integrada por empleados públicos y trabajadores oficiales, con el fin de desarrollar los objetivos de la entidad.

En el mismo sentido, el Decreto Ley 785 de 2005⁷ establece cómo se debe identificar el empleo, es decir, la denominación, código y grado. Sin embargo, el empleo debe ser entendido no solo como la denominación, el grado y el código que se asignan para su identificación sino como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Ahora bien, la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías)⁸, que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones a la vinculación de personal a las entidades y por regla general se aplica a todas las entidades del Estado, señala:

“ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del Artículo siguiente.

PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

ARTÍCULO 33.- Restricciones a la contratación pública.- Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias

educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias".

ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: (...)

PARÁGRAFO (...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa." (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Frente al alcance de la prohibición de modificar la nómina contenida en la Ley 996 de 2005, la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del referido Artículo 32 de la citada Ley mediante sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, expresó lo siguiente:

"(...)Ahora bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que "afecte" la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

(...)

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

(...)"

De conformidad con las normas y jurisprudencia en cita, se prohíbe la modificación de la nómina de los entes territoriales durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular. Entendiendo que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos.

En ese sentido está prohibida la provisión de cargos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos. En esos casos, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña.

De acuerdo con lo expuesto, se considera que como quiera que las restricciones contenidas en la Ley 996 de 2005, se encaminan a prohibir la modificación de la nómina de los entes territoriales durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, entendiéndose que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, durante la ley de garantías electorales se consideran procedentes los movimientos de personal al interior de las entidades u organismos públicos que permitan solventar situaciones administrativas internas, siempre que como lo indica la norma no se afecte la nómina Estatal; es decir, no se creen nuevos cargos y no se provean los mismos, en ese sentido, se considera necesario que el interesado acuda a la regulación que respecto de los movimientos internos de personal se prevén en el contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo o en la convención colectiva, por tratarse de trabajadores oficiales.

En este orden de ideas para contestar puntualmente sus interrogantes, tenemos que, tratándose de una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial, se entenderá que sus trabajadores y empleados son servidores públicos. Por ende, para todos los efectos laborales, la empresa de servicios públicos domiciliarios oficial se registrará por lo preceptuado por la Ley 909 de 2004 y el Decreto el 1083 de 2015.

En el mismo sentido, para la empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial registrará la prohibición impuesta por la Ley 996 de 2005, en este caso, a partir del 29 de enero de 2022 y hasta tanto se elija Presidente de la República, lo que implica que:

- La entidad no podrá hacer ninguna modificación de planta en los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, lo que incluye modificaciones al Manual de Funciones y Competencias Laborales, si dichas modificaciones implican la prohibición contenida en la Ley.
- La entidad no podrá suscribir contratos de trabajo desde el 29 de enero de 2022 y hasta que se elija Presidente de la República;
- Los cargos de la planta sólo podrán proveerse, como estipula la norma, por vacancia definitiva;
- Teniendo en cuenta que durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado; no se podrán adelantar la contratación directa de la entidad, si no está dentro de las excepciones de la norma.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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

Proyectó: Sara Paola Orozco Ovalle

Revisó: Maía Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *"Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales."*
2. *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."*
3. *"Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004."*
4. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.*
5. *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*
6. *"Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos"*
7. *"Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004."*
8. *"por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones."*

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:05:02