



Concepto 178241 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000178241

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000178241

Fecha: 13/05/2022 02:12:46 p.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: EMPLEOS. Vinculación. Procedimiento de vinculación trabajadores oficiales Empresa de Servicios Públicos. RAD. 20229000144892 del 30 de marzo de 2022.

Acuso recibo de su consulta, mediante la cual manifiesta que esta vinculada a EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE ESP como profesional administrativo III, adscrita a la Unidad Gestión Administrativa de la Gerencia de Área Gestión Humana y Activos, que es madre cabeza de familia en condición de desplazamiento y que desea acceder a un cargo inmediatamente superior, por lo que realiza varios interrogantes en relación con la provisión de vacantes en EMCALI EICE ESP para trabajadores oficiales .

Al respecto, me permito indicarle que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares ni la elaboración de fórmulas de liquidación de prestaciones sociales, pues ésta función le corresponde a las oficinas de talento humano de cada una de las entidades públicas.

No obstante, a modo de información general respecto de la situación por usted planteada, me permito dar respuesta de la siguiente manera:

En primer lugar, frente a la naturaleza de las Empresas de Servicios Públicos, la Ley 142 de 1994, Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, señala:

“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.

14.6. 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%.

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 (...)."

(Los apartes subrayados fueron declarados EXEQUIBLES, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-736-07 de 19 de septiembre de 2007, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra).

"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. (...) 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 registrarán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968." (El término "inciso primero del" fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencias C-253/96, C318/96 y C 327/96).

Ahora bien, el inciso segundo del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, establece:

"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 deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos". (Negrilla nuestro)

Conforme a lo anterior, los servidores que laboran en las empresas de servicios públicos domiciliarios, que hayan adoptado la forma de empresa industrial y comercial del Estado, tienen la calidad de trabajadores oficiales, excepto aquellos que desarrollan actividades de dirección y confianza, quienes ostentan la calidad de empleados públicos.

En este orden de ideas se considera, que, en las empresas de servicios públicos con la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, como en el caso materia de estudio, la vinculación de los trabajadores oficiales es mediante contrato de trabajo y la vinculación de los empleados públicos por ser de libre nombramiento y remoción se efectúa mediante nombramiento ordinario.

Ahora bien, respecto de la forma de vinculación, tenemos que el trabajador oficial se vincula mediante un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que va a prestar, que permite 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 concursos de méritos. La relación laboral del trabajador oficial con la administración tiene implicaciones bilaterales, esto es, 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.

Por su parte, se consideran empleados públicos² quienes prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos; el empleado público se vincula a la administración mediante una modalidad legal o reglamentaria y el acto se concreta en el nombramiento y la posesión. En esta modalidad 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, tenemos que de acuerdo con lo establecido en 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.

De acuerdo con lo expuesto, 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 el contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo, la convención colectiva o el pacto colectivo en el evento que existan.

El 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, sin que sea necesario acudir a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Aclarado lo anterior y teniendo en cuenta que, en su comunicación menciona que es profesional administrativo III, adscrita a la Unidad Gestión Administrativa de la Gerencia de Área Gestión Humana y Activos, de lo que se infiere que se refiere a un trabajador oficial, esta Dirección Jurídica procede a dar respuesta a sus interrogantes en el siguiente orden:

Verificar si existe un EMPATE entre el funcionario OMAR FABIAN RIVERA SANTACRUZ y BEATRIZ CONSTANZA POLO YEPES aplicar Artículo 24 LEY 909 de 2004.

Sobre este particular y partiendo de la base que se infiere de su consulta que es una trabajadora oficial, me permito indicarle lo siguiente en relación con la figura de encargo y el desempate en el mismo, al cual usted alude en su consulta:

Primero, 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*”, preceptúa en el artículo 24 que mientras se surte el proceso de selección, los empleados de carrera administrativa podrán ser encargados, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.” (Se subraya).

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, sobre la figura del encargo, determina:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.41 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado.

ARTÍCULO 2.2.5.5.42 Encargo en empleos de carrera. El encargo en empleos de carrera que se encuentren vacantes de manera temporal o definitiva se regirá por lo previsto en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten y por las normas que regulan los sistemas específicos de carrera.

ARTÍCULO 2.2.5.5.43 Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia temporal, el encargo se efectuará durante el término de esta.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en

forma definitiva.”

De acuerdo con las normas citadas, el encargo es una figura que se aplica a empleados públicos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción con fundamento en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, normas que regulan el régimen laboral de tales empleados.

De otro lado, los trabajadores oficiales se rigen por el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo, así como por la Ley 6ª y por los Títulos 30, 31 y 32 del ya citado Decreto 1083, disposiciones especiales aplicables a los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales, que no contemplan la figura del encargo para este tipo de servidores.

Así las cosas, No puede acudirse a la figura del encargo para suplir un empleo público con un trabajador oficial, toda vez que este último está vinculado mediante un contrato de trabajo con la Administración y su régimen legal será el establecido en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o en el reglamento interno de trabajo, y por lo no previsto en ellos en la Ley 6 de 1945, y los Títulos 30, 31 y 32 del Decreto 1083 y demás normas que lo modifican o adicionan; el servidor vinculado mediante una relación legal y reglamentaria a un empleo público, tiene la calidad de empleado público a quien le son aplicables las normas de administración de personal, (Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios), entre las cuales se encuentra la figura del encargo para suplir, con un empleado, la vacancia temporal o definitiva de otro empleo.

De acuerdo con los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que no es procedente aplicar la figura de encargo en el caso de su consulta y en consecuencia tampoco es viable aplicar los criterios de desempate que estableció la Comisión Nacional del Servicio Civil y que también menciona en su comunicación.

En ese sentido y teniendo en cuenta la autonomía que tiene la Empresa de Servicios Públicos EICE para realizar la selección de los trabajadores oficiales, deberá ser ésta la que defina cuáles son los criterios de desempate luego de examinar la situación particular de los aspirantes.

¿Quién tiene el derecho de ocupar dicha vacante de acuerdo al puntaje y a la protección especial, antigüedad? ¿EMCALI puede perfilar una vacante cuando ya se surtió un concurso y hay espectadores de acuerdo a unos puntajes para poder ser ascendido?

Frente a estos interrogantes, me permito reiterar lo indicado al inicio de este concepto en el sentido que el 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, por lo que se considera que el jefe de la EICE es quien tiene la facultad para establecer la modalidad de escogencia de los trabajadores que prestan sus servicios a la empresa, sin que sea necesario acudir a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En consecuencia, será EMCALI quien debe establecer la manera en qué selecciona a sus trabajadores, observando la situación particular de cada uno de los aspirantes con el propósito de evitar una vulneración a sus derechos y de esta manera determinar quién tiene derecho a ocupar la vacante que relaciona en su consulta.

¿EMCALI puede trasgredir los derechos adquiridos mediante concurso de mérito?

Frente a este interrogante, esta Dirección Jurídica insiste en que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no es el competente para declarar derechos o establecer si un empleado tiene un derecho adquirido, pues esta competencia recae en cabeza de los jueces de la República.

En caso que usted considere que tiene de un derecho adquirido y que la entidad pública lo está vulnerando podrá iniciar las acciones legales pertinentes.

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 [/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: Ma. Camila Bonilla G.

Aprobó: Armando López C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

2 Artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968

Fecha y hora de creación: 2025-01-20 22:49:43