



Concepto 203461 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000203461

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000203461

Fecha: 02/06/2022 04:20:46 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS OFICIAL. Vinculación de empleados y trabajadores. TRABAJADORES OFICIALES. Régimen salarial aplicable. ¿Cómo debe vincularse un asesor jurídico o un asesor contable a una E.S.P de carácter oficial? ¿Se puede reconocer y pagar horas extras a los trabajadores oficiales de una ESP? RAD.: 20229000185082 del 02 de mayo de 2022.

Acuso de recibo la comunicación de la referencia, a través de la cual consulta cómo debe surtirse la vinculación de los asesores jurídicos y/o contables a una empresa de servicios públicos de carácter oficial, y si en calidad de trabajadores oficiales se les puede reconocer horas extras; al respecto, me permito indicar lo siguiente:

Naturaleza Jurídica. Empresas de Servicios Públicos

Inicialmente es pertinente recordar la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos; para ello, es preciso señalar lo preceptuado por la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones establece:

“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)

En cuanto a las empresas de servicios públicos oficiales, la Ley 142 de 1994 dispone:

“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. 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.”

(Subrayado fuera de texto)

Lo anterior significa que quienes prestan sus servicios a empresas de servicios públicos privadas o mixtas sus trabajadores ostentan la calidad de trabajadores particulares y por lo tanto, para efectos de la determinación del régimen jurídico aplicable a sus contratos individuales de trabajo se aplican las disposiciones del código Sustantivo del Trabajo, la Convención Colectiva de Trabajo y el Reglamento interno.

Por su parte el artículo 5 del Decreto 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).

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 fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, por regla general los trabajadores que presten sus servicios en las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y se someterán a las normas del Código Sustantivo del Trabajo; por otro lado, los que trabajen en empresas de servicios públicos oficiales, al ser éstas últimas Empresas Industriales y Comerciales del Estado, serán trabajadores oficiales, salvo aquellos que ejerzan actividades de dirección o confianza, que deberán tener la calidad de empleados públicos.

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 en los estatutos de la respectiva empresa se precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, que por sus funciones son clasificados como de libre nombramiento y remoción; los demás se clasifican como trabajadores oficiales.

En este orden de ideas se considera, que en las empresas de servicios públicos oficiales, 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.

Empleados públicos y trabajadores oficiales.

El artículo 123 de la Constitución Política de Colombia establece:

“ARTÍCULO 123.- Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

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

Para mayor ilustración, a continuación, se enuncian las principales diferencias existentes entre un Empleado Público y un Trabajador Oficial:

El Empleado Público se rige por una relación legal y reglamentaria, y se concreta con un acto de nombramiento y la suscripción de un acta de posesión, en tanto que un Trabajador Oficial suscribe un contrato de trabajo;

Los empleados públicos desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la Ley o el reglamento, mientras que los Trabajadores Oficiales desarrollan actividades que realizan o pueden realizar ordinariamente los particulares, entre otras, labores de construcción y sostenimiento de obras públicas.

El régimen jurídico que se aplica a los Empleados Públicos es de derecho público y las controversias que se susciten con la Administración deben ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en tanto que el régimen jurídico que se aplica a los Trabajadores Oficiales es en principio de derecho común, y los conflictos laborales son de competencia de los jueces laborales.

Así las cosas, en respuesta a sus interrogantes se concluye:

En atención a que en su escrito hace referencia a una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, se concluye que, quien se vincule a ella tendrá el carácter de trabajador oficial, sin embargo, los estatutos de dicha empresa precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos; en ese sentido, se colige que si en los estatutos de esa empresa se estableció que los asesores tendrían a cargo el desempeño de actividades de dirección o confianza y por ende la calidad de empleados públicos, la vinculación de éstos debe ser mediante nombramiento ordinario como empleados de Libre Nombramiento y Remoción; de lo contrario, se entenderá que tienen carácter de trabajadores oficiales y su vinculación se efectuará mediante contrato de trabajo.

Los trabajadores oficiales se vinculan mediante un contrato de trabajo que 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. El régimen laboral de los trabajadores oficiales se ceñirá a lo establecido en el contrato individual de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo. De igual forma y en caso de que no se acuerde entre las partes aspectos básicos de la relación laboral, es posible acudir a la Ley 6 de 1945 y al Título 30 del Decreto 1083 de 2015.

Por lo anterior, para el reconocimiento y pago de horas extras de los trabajadores oficiales, deberá estarse a lo pactado por las partes en el respectivo contrato de trabajo.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Nataly Pulido.

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:09:18