



Función Pública

Concepto 595031 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000595031

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000595031

Fecha: 27/12/2023 12:50:45 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. EMPLEO. Naturaleza de Empleo. Empresa de Servicios Públicos Oficiales. RAD. 20232061096722 del 11 de diciembre de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual consulta si fue correcta la vinculación como trabajadores oficiales con contrato de trabajo a término indefinido a personal de empresa de servicios públicos oficial del nivel departamental para proveer empleos creados, y si para crear dichos empleos se requiere una ordenanza de la Asamblea Departamental, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Inicialmente es importante destacar que 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 y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

Por tanto, este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la República.

Ahora bien, es pertinente recordar la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos; para ello, es preciso señalar lo preceptuado por la Ley 142 de 1994², por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones que 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

públicas 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 1968³, 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 de 1994, 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.

Por otro lado la creación de empleos en las entidades u organismos públicos debe efectuarse en el marco de una reestructuración administrativa, frente al particular es importante señalar que el artículo 46 de la Ley 909 de 2004⁴, modificado por el artículo 228 del Decreto Ley 019 de 2012⁵, establece:

“ARTICULO 228. REFORMAS DE PLANTA DE PERSONAL. Modifíquese el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 46. Reformas de planta de personal. Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-.

El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública.”

De acuerdo con la norma transcrita, se tiene que las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades del orden nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-.

Conforme a lo anterior, para la creación o supresión de los empleos debe contarse con un estudio técnico que deberá estar sustentado en las necesidades del servicio y/o razones de Reorganización Administrativa que propendan por la modernización de la institución; es necesario que la entidad elabore este estudio ajustándolo al desarrollo de nuevos planes, programas, proyectos o funciones de la entidad y presupuesto, y deberá tener en cuenta criterios como la misión y visión de la entidad; los objetivos, productos y/o servicios; y los procesos misionales técnicos y de apoyo, entre otros aspectos.

Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo; evaluación de la prestación de los servicios

y de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.

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 no se estableció que los nuevos empleos tendrían a cargo el desempeño de actividades de dirección o confianza y por ende tendrían la calidad de empleados públicos, la vinculación de éstos debe ser como 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 último, con relación a la modificación de la planta de personal éstas deberán motivarse y fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren. No obstante, se deberá revisar en los estatutos de la empresa de servicios públicos oficiales qué órgano de dirección tiene la facultad para realizar tal modificación y si se requiere aprobación por parte de la asamblea departamental.

Me permito indicarle que, 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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Maia Valeria Borja G.

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

2Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

3Por 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.

4Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

5Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

Fecha y hora de creación: 2024-07-17 20:11:10