Función Pública

Concepto 58961 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000058961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000058961

Fecha: 12/05/2014 09:07:55 a.m.

Bogotá, D.C.,

REF. VARIOS. Preguntas varias relacionadas con Trabajadores Oficiales de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios. Radicado: 20142060048402 del 26 de marzo de 2014.

En atención a su consulta en donde plantea diferentes interrogantes respecto de los trabajadores oficiales de una empresa de servicios públicos domiciliarios, me permito dar respuesta a cada una de ellas en el mismo orden en que fueron formuladas:

1. ¿Es viable cambiar la naturaleza jurídica de unos trabajadores oficiales de una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios y pasarlos a empleados públicos de libre nombramiento y remoción?

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)

"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." (Subrayado fuera de texto)

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 17o., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto-ley 3135 de 1968.". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Las empresas de servicios públicas 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 se rigen por normas de derecho público propio de las entidades estatales. Cuando en este capital existen aportes provenientes del Estado, la empresa de servicios públicos es Mixta, y se rige por las normas propias del derecho privado, aunque pertenece al sector descentralizado de la administración. Y finalmente, cuando los aportes son mayoritariamente privados, la empresa de servicios públicos domiciliaria es privada y se rige por las normas de derecho privado.

En razón a que en la información suministrada no se establece la naturaleza de la entidad y en el evento de encontrarnos frente a una sociedad de economía mixta, que se rige por los estatutos sociales, por la ley 142 de 1994, por el título VII llamado "De las Sociedades de Economía Mixta" del Código de Comercio, por lo regulado para esta clase de sociedades en el la Ley 489 de 1998 y por las normas concordantes, complementarias o sustitutivas de las anteriores, le manifiesto que conforme a lo señalado en la Ley 142 de 1994, 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.

En ese orden de ideas, se considera que el régimen laboral aplicable de una empresa de servicios públicos mixta, será el del derecho privado, y su calidad será la de trabajador particular. Por consiguiente no hay lugar a cambiar la naturaleza de los trabajadores particulares que se rigen por normas del derecho privado a empleados públicos de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, en el evento de encontrarnos frente a una empresa de servicios públicos oficiales, la Constitución Política, establece:

"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."

Por otra parte, la Ley 3135 de 1968, "*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",* preceptúa:

"ARTÍCULO 5° EMPLEADOS PUBLICOS 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 deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos."

Así las cosas, por regla general las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado y en las sociedades de economía mixta con régimen de ésta, se clasifican como trabajadores oficiales, en las demás entidades de la administración pública únicamente quienes desempeñen funciones de construcción y sostenimiento de obra pública en las empresas sociales del Estado tienen esta calidad quienes cumplen funciones de servicios generales y mantenimiento de la planta física.

De conformidad con la norma citada, le corresponde a la Junta Directiva a través de los estatutos determinar que actividades de dirección o confianza deben ser desempeñados en la empresa por personal que tenga la calidad de empleados públicos.

Es decir, que la viabilidad del cambio de naturaleza jurídica de los trabajadores oficiales no obedece a una mera liberalidad de la Junta Directiva, sino que debe ser acorde con las disposiciones legales que sobre el particular establecen la naturaleza del empleo y como lo citamos en precedencia con los estatutos de la sociedad donde se precisa los funcionarios que realizan actividades de dirección o confianza obteniendo así estos la calidad de empleados públicos.

2. Es posible que los trabajadores oficiales de una Empresa de servicios públicos domiciliarios pueda asumir encargos y comisiones: de servicio, para adelantar estudios, para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción y para tender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas, siempre y cuando estén contempladas en la convención colectiva del trabajo?

El tratadista Diego Younes Moreno, en su libro "Derecho Administrativo Laboral", respecto de la naturaleza del vínculo y el régimen que regula a los trabajadores oficiales y a los servidores públicos con el Estado, afirmó:

"LA MODALIDAD ESTATUTARIA (Empleados Públicos)

La nota principal de tal situación es la de que el régimen del servicio o de la relación de trabajo, sí se prefiere al término, está previamente determinado en la ley y, por lo tanto, no hay posibilidad legal de que el funcionario entre a discutir las condiciones del empleo, ni fijar alcances distintos de los concebidos por las normas generales y abstractas que la regulan.

LA MODALIDAD CONTRACTUAL LABORAL (Trabajadores Oficiales)

Otorga a quien por ella se vincula a la Administración, el carácter de trabajador oficial y se traduce en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo obviamente la posibilidad de discutir las condiciones aplicables".

La Corte Constitucional en Sentencia C-09 de 1994 con relación a las condiciones y derechos que se pueden establecer en las convenciones colectivas de trabajo, con la Ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, manifestó:

"El elemento normativo de la convención se traduce en una serie de disposiciones, con vocación de permanencia en el tiempo, instituidas para regular las relaciones de trabajo individual en la empresa; en virtud de dichas disposiciones se establecen anticipadamente y en forma abstracta las estipulaciones que regirán las condiciones individuales para la prestación de los servicios, esto es, los contratos individuales de trabajo. Las cláusulas convencionales de tipo normativo constituyen derecho objetivo, se incorporan al contenido mismo de los contratos de trabajo y, en tal virtud, contienen las obligaciones concretas del patrono frente a cada uno de los trabajadores, como también, las obligaciones que de modo general adquiere el patrono frente a la generalidad de los trabajadores, vgr., las que fijan la jornada de trabajo, los descansos, los salarios, prestaciones sociales, el régimen disciplinario, o las que establecen servicios comunes para todos los trabajadores en el campo de la seguridad social, cultural o recreacional."

De acuerdo con lo anterior podemos concluir que la vinculación laboral y el régimen de administración de personal aplicable a quienes ostentan la calidad de trabajadores oficiales son diferentes del aplicable a los empleados públicos. Los primeros están vinculados por un contrato de trabajo, y según lo previsto en la Ley 6° de 1945 y el Decreto 2127 de 1945, en todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las cláusulas convencionales colectivas, o fallos arbitrales respectivos y las normas del reglamento interno de la empresa.

Conforme a lo anotado, en concepto de esta Dirección, ante la posibilidad que se otorga a las personas que se vinculan a la Administración Pública mediante una relación contractual de discutir las condiciones laborales, si los encargos y comisiones relacionados en su consulta, reconocidos para los empleados públicos en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1950 de 1973 se quieren hacer extensivos a los trabajadores particulares, deben estos contemplarse en el contrato, la Convención Colectiva de Trabajo, en el Reglamento Interno, Convenio o Pactos Colectivos suscritos, siendo procedente otorgarlos en los términos y condiciones que allí se acuerden.

3. Al pasar de una empresa de servicios públicos domiciliarios a otra de la misma naturaleza mediante liquidación, se configura sustitución patronal sin que el nuevo patrono pueda dar por terminados los contratos laborales y sin que pueda incurrir en desmejoramiento tanto salarial como de funciones? ¿La nueva entidad está obligada a continuar con los trabajadores oficiales que estaban a cargo de la empresa liquidada?

Como ya lo anotamos, las Empresas de Servicios Públicos están reguladas en la Ley 142 de 1994, en la cual y de acuerdo a la participación económica se clasifican en oficial, mixta o privada; como sociedades por acciones o en su defecto como empresas industriales y comerciales del estado, de conformidad con el artículo 17 de la precitada ley que a renglón seguido 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.

Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.

PARÁGRAFO 2°. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas."

(Subrayado fuera del texto)

Ahora bien, dependiendo de la clasificación en la que se encuentre la Empresa de Servicios Públicos, ya sea oficial, mixta o privada y de si se encuentra constituida por acciones o si por el contrario adquirió la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado, así mismo será posible determinar con claridad la naturaleza jurídica y por consiguiente las normas aplicables a las personas que presten su servicio laboral en las mismas; atendiendo lo señalado en el artículo 41 ibídem.

De conformidad con lo expuesto en su consulta, en el evento de encontrarnos frente a una empresa de servicios públicos privada o mixta, quienes prestan sus servicios en ella ostentan la calidad de trabajadores particulares que se rigen según las disposiciones del código sustantivo del trabajo.

En consecuencia, los aspectos sobre sustitución patronal, la figura de la solución de continuidad, condiciones salariales, obligaciones, entre

otros, deberán estar previstos en el contrato laboral, los estatutos internos, el reglamento interno de la empresa, y en caso de vacíos deberá acudirse a lo señalado sobre el particular en el Código Sustantivo del Trabajo.

En el evento de tratarse de una empresa oficial, la figura de la sustitución patronal debe estar amparada en los términos consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política que contempla derechos inalienables e indisponibles de los trabajadores frente a cualquier patrono, y el 25 Ibídem consagra la protección especial, a cargo del Estado, de las distintas modalidades laborales, lo que impide que, bajo la excusa de la racionalización, la tecnificación o el cambio de propietarios de las empresas, tales derechos sean disminuidos, afectados o desconocidos.

En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha sostenido que los procesos de privatización, transformación y reestructuración de entidades públicas y las sustituciones patronales sólo pueden adelantarse sobre la base constante y prevalente del respeto a la dignidad de los trabajadores, a su estabilidad y a sus derechos irrenunciables, tal y como se precisó mediante Sentencia T-395 de 2001 esta alta corporación.

De acuerdo con lo anterior, en concepto de esta Dirección, a los trabajadores oficiales que sean objeto de esta figura se le deben conservar todos los beneficios salariales y prestacionales que percibían, el traspaso de los empleados de un sector a otro no puede conllevar desmejoramiento de sus condiciones laborales.

Sin perjuicio de lo expuesto y en el evento de querer profundizar sobre este último asunto, sugerimos dirigir la consulta al Ministerio de Trabajo quien se encuentra facultado para conceptuar sobre los asuntos laborales de trabajadores que eventualmente puedan encontrase en la circunstancia a las que hace referencia.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

Jaime Jiménez/JFCA/CPHL

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 14:15:27