



Función Pública

Concepto 10471 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

20166000010471

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000010471

Fecha: 20/01/2016 10:43:27 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. COMISIÓN EN EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN PARA TRABAJADOR OFICIAL. Viabilidad para que un empleado técnico operativo de una empresa de servicios públicos sea comisionado para ejercer un empleo de libre nombramiento y remoción de la alcaldía municipal. Radicación No. 20159000231052 del 15 de diciembre de 2015.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTO JURÍDICO.

¿Es viable que un trabajador oficial de una empresa de servicios públicos sea comisionado para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción en una de las secretarías del despacho de la alcaldía?

FUENTES FORMALES Y ANÁLISIS:

A fin de atender la consulta, resulta necesario precisar en primer término la forma de vinculación de los trabajadores en las empresas de servicios públicos, atendiendo a si la empresa es de carácter oficial, mixta o particular. De otro lado, resulta procedente si revisar si los trabajadores oficiales pueden ser comisionados con el fin de desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción.

1. Vinculación de trabajadores oficiales en una empresa de servicios públicos y disposiciones normativas que regulan cada una de estas formas de vinculación.

En primer lugar, la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, establece:

“ARTÍCULO 41. Aplicación del Código Sustantivo de 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 párrafo del artículo 17, se registrarán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5º 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).

Lo anterior significa que quienes prestan sus servicios a empresas de servicios públicos privadas o mixtas sus trabajadores ostentan la calidad de trabajadores particulares que se rigen según las disposiciones del código sustantivo del trabajo.

Por su parte, acerca de las empresas de servicios públicos oficiales, dispuso la Ley 142 de 1994:

“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 1º. 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”(…)

Es así como dispone el Decreto 3135 de 1968, sobre las formas de vinculación en una empresa industrial y comercial del Estado:

ARTÍCULO 5º.- Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. (...).

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 declarado executable Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional; Ver: Artículos 1 y ss. Decreto Nacional 1848 de 1969.

Conforme a 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 quienes desempeñan empleos de dirección, confianza y manejo tienen la calidad de empleados públicos.

En consecuencia, conforme a lo anotado en las empresa de servicios públicos de carácter mixto o privadas sus trabajadores ostentan la calidad de trabajadores particulares que se rigen según las disposiciones del código sustantivo del trabajo, y en las empresas de servicios públicos de carácter oficial que se transformaron en empresa industrial y comercial del estado, sus trabajadores adquieren la calidad de empleados públicos y trabajadores oficiales, y en sus estatutos deben determinar quienes adquieren la calidad de empleados públicos.

Si la empresa de servicios públicos de Roldanillo en su capital es 100% estatal, debemos determinar que su naturaleza jurídica es de carácter oficial y por tanto sus trabajadores son empleados públicos y trabajadores oficiales. En este orden de ideas, quien ostenta el cargo de técnico operativo tiene la calidad de trabajador oficial.

Ahora bien, respecto a la normativa que cubre a estos trabajadores oficiales debemos indicar que la modalidad contractual laboral 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 la posibilidad de discutir las condiciones aplicables.

En virtud de lo anterior, los trabajadores oficiales se regulan en material laboral por lo establecido en el contrato de trabajo, el reglamento

interno, y dada su condición para suscribir convenciones colectivas, también se sujetan a lo establecido en las mismas.

2. Comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de período.

Frente a la comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción le informo que 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 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, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 26. COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN O DE PERÍODO. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria."

En los términos anotados, los empleados con derechos de carrera pueden ser comisionados para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período en los cuales hayan sido nombrados o elegidos; una vez finalizado el término de duración de la comisión, fijado en el acto administrativo que la contiene, el empleado debe asumir el cargo respecto del cual ostente derechos de carrera o presentar renuncia al mismo

Esta comisión permite ejercer un nuevo cargo (libre nombramiento y remoción o período) sin perder la condición de empleado de carrera, pero en todo lo demás existe un cambio de régimen jurídico. Quiere ello decir, que el régimen de obligaciones, derechos, deberes, remuneración y de prestaciones sociales ya no será el que rige para el cargo del cual se es titular, sino el que se aplique para el cargo en el cual fue nombrado. En ese sentido, la finalidad de la comisión es preservarle los derechos propios de la carrera administrativa a quien ostente tal condición.

Desde el momento mismo en que un empleado de carrera administrativa asume un cargo de libre nombramiento y remoción mediando una comisión, suspende la causación de derechos salariales y prestacionales del empleo del cual es titular y se hará beneficiario de todos los derechos del cargo de libre nombramiento y remoción en la forma que legalmente deban reconocerse.

En este orden de ideas, esta Dirección considera que, si un empleado de carrera administrativa es comisionado en un empleo de libre nombramiento y remoción, en la misma o en otra entidad, como se manifestó, suspenderá la causación de derechos del empleo anterior y percibirá todos los beneficios del cargo de libre nombramiento y remoción en los términos consagrados en la Ley.

De esta forma, en los términos descritos en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 2.2.5.10.29 del Decreto 1083 de 2015, los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período.

En cuanto a trabajadores oficiales se refiere, como ya se anotó, los mismos se rigen por el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo, así como por la Ley 6ª y el Decreto 1083 de 2015, normas que no contemplan la comisión en empleo de libre nombramiento y remoción para este tipo de servidores.

CONCLUSIÓN

Atendiendo a las disposiciones citadas, en criterio de esta Dirección no es procedente otorgar una comisión en empleo de libre nombramiento y remoción a un trabajador oficial en razón a que ésta es una figura exclusiva para que los empleados de carrera administrativa conserven sus derechos de carrera mientras desempeñan empleos de libre nombramiento y remoción o de período.

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

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

RMM/JFCA

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 10:27:16