



**Función Pública**

## Concepto 034391 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000034391\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000034391

Fecha: 01/02/2021 02:05:05 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS - Comisión de servicios. Radicado: 20212060018232 del 14 de enero de 2021.

De acuerdo con la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre la procedencia de conceder comisión de servicios en el empleo de Asesor de Gerencia - Secretario General del Plan Departamental de Aguas de Córdoba vinculación a través de un contrato de trabajo a término fijo, a una funcionaria de carrera administrativa de la E.S.E Vidasinú, me permito indicarle lo siguiente:

Primeramente, es preciso mencionar que de conformidad con la escritura pública No. 1331 de 18 de julio de 2008, AGUAS CORDOBA S.A E.S.P fue constituida como una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, por lo tanto, en relación con el régimen jurídico de las entidades prestadoras de servicios públicos de naturaleza pública, privada o mixta la Ley 142 de 1994<sup>1</sup>, consagra lo siguiente:

*ARTÍCULO 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

*14.5. Empresa de servicios públicos oficial. 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 éstas 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.*

Teniendo en cuenta las anteriores definiciones, la empresa de servicios públicos oficial es aquella en cuyo capital el 100% de los aportes son de la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas, por su parte, aquellas que cuentan con un capital cuyo 50% o superior equivale a la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas, contarán con un carácter mixto, y por último, aquellas que se

denominan privadas, son aquellas cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares o a entidades que se crearon de convenios internacionales que desean someterse íntegramente a las reglas que se disponen a los particulares.

A su vez, de acuerdo con 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.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta que el empleo que relaciona en su consulta es el de Asesor de Gerencia - Secretario General del Plan Departamental de Aguas de Córdoba, es pertinente abordar lo considerado mediante sentencia<sup>2</sup> proferida por la Corte Suprema de Justicia, a saber:

*"(...) Al respecto, conviene recordar los criterios que según la jurisprudencia son los que permiten concluir la calidad de trabajador oficial expuestos por la Corte en sentencia de 19 de marzo de 2004 (Radicación 21.403), en los siguientes términos:*

*" ... Con tal fin reitera la Sala que son básicamente dos criterios que hay que tener en cuenta para clasificar, en una entidad territorial, a un servidor público, como empleado público o trabajador oficial, esto es, el factor orgánico relacionado con la naturaleza jurídica de la entidad del ente para la cual se laboró, y el funcional relativo a la actividad a la cual se dedicó aquél, para constatar si ella guarda relación directa o indirectamente con la construcción y sostenimiento de obras públicas.*

*"Con los aludidos parámetros y con sujeción al marco normativo que para esos efectos es el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986, por haberse prestado el servicio a un municipio, no cabe duda alguna que el Tribunal no incurrió en el yerro hermenéutico que se le endilga en el cargo; pues ese ha sido y es el alcance que le ha venido dando la Corporación a tal preceptiva, en cuanto se ha precisado que no toda actividad pública ni mucho menos llevada a cabo en un bien de propiedad estatal, encuadra en el concepto que exige el precepto legal para merecer esa excepcional condición de trabajador oficial, esto es, en la construcción y sostenimiento de una obra pública.*

(...)

*"En efecto, si se llegara a aceptar la intelección que pretende el impugnante respecto de la norma denunciada, ello conllevaría a convertir la regla general en excepción y viceversa, lo cual sí viola flagrantemente el sentido del precepto que gobierna el tema en estudio.*

*"Al respecto es pertinente reenumerar lo precisado en la sentencia del 27 de febrero de 2002, radicación 17729, a saber:*

*"Cabe precisar que para ser establecida la calidad de trabajador oficial, ha sostenido la jurisprudencia, debe acreditarse en el juicio que las funciones desempeñadas en el caso específico, tienen relación con las actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas, pues no toda labor de servicios generales o de mantenimiento que se realice sobre un bien de una entidad pública o afectado a un servicio público como aseo de instalaciones, reparaciones, albañilería, pintura, etc., determina por ese solo hecho la naturaleza jurídica del vínculo laboral.*

*"Así, se expresó la Sala en sentencia de 4 de abril de 2001, Rad. 15143:*

(...)

*"Así las cosas, como no es cualquier actividad la que otorga la condición de trabajador y, mucho menos, la que se ejecuta en una entidad o dependencia oficial, independientemente de su finalidad, sino aquella que se lleve a cabo en una obra pública, es por lo que se hace necesario demostrar, para cada caso concreto, no sólo la naturaleza de la labor desplegada sino, además, el carácter de obra pública respecto de la cual se realizaron las labores relacionadas con su construcción y mantenimiento; recordando que para tal efecto, la Corte ha aceptado como criterio orientador con tal fin, lo previsto por el artículo 81 del decreto 22 de 1983, así tal precepto se encuentre derogado." (Subrayado fuera del texto)*

A partir de los anteriores consideraciones de la Corte, se encuentran algunos criterios en los cuales se debe clasificar a los servidores públicos, primeramente, el factor orgánico el cual se encuentra relacionado con la naturaleza jurídica de la entidad para la cual este labora, y por otro lado, el funcional, que es aquel relativo a la actividad en la cual se desempeña; para así constatar que en aquellos eventos en donde se enmarcara en la categoría de trabajador oficial, este debió cumplir funciones relacionadas con la construcción, sostenimiento de obras públicas.

En consecuencia, como quiera que la calidad de trabajador oficial no se da por la naturaleza del acto de vinculación, sino que además se debe tener en cuenta la naturaleza de la entidad donde se presta el servicio, la clase de actividad y funciones que desempeña el servidor, en aquellos casos en que se evidencie que un funcionario se vinculó a través de una relación legal y reglamentaria, pero las funciones y la categoría del empleo son propias de trabajador oficial, esta será su calidad. Contrario sensu, si la vinculación se materializo a través la suscripción de un contrato laboral, pero el cargo y las funciones desempeñadas son propias de las de un empleado público, para lo cual última será su calidad.

En este sentido el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, consagra que las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisaran que actividades de dirección o confianza deban ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos, quienes serán de libre nombramiento y remoción.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia se pronunció en los siguientes términos, considerando lo siguiente, a saber: (...) *“De manera que la atribución de precisar qué tipo de actividades de la entidad deben desarrollarse por contrato laboral, se encuentra limitada y debe contraerse a la clasificación de los empleos hecha por la Constitución y por la ley (...)*

*Por el contrario, para la Corte, la fijación de las actividades que van a ser desempeñadas por virtud de vinculación legal y reglamentaria dentro de las empresas industriales o comerciales, corresponde a una función constitucional de orden administrativo que bien puede entregar la ley a sus juntas directivas, para ser ejercidas en la forma que determinen sus estatutos internos, sin que ello, modifique la naturaleza del empleo ni la de la relación laboral de carácter oficial que está dada por ley.”*

Así las cosas, y abordando su consulta, el empleo en el cual se pretenden proveer mediante el otorgamiento de la situación administrativa de comisión de servicios, por el carácter de sus funciones por requerir actividades de dirección y confianza, cuyo propósito principal es el asesoramiento, apoyo y asistencia al Gestor del Plan Departamental de Agua y a los funciones del nivel directivo, propendiendo por el efectivo funcionamiento de la entidad, es un empleo de libre nombramiento y remoción, en los términos del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, cuya provisión es legal y reglamentaria bajo libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, teniendo claro lo precedentemente expuesto, el Decreto 1083 de 2015<sup>3</sup>, en relación con las comisiones de servicios, dispone lo siguiente:

*“ARTÍCULO 2.2.5.5.21 Comisión. El empleado se encuentra en comisión cuando cumple misiones, adelanta estudios, atiende determinadas actividades especiales en sede diferente a la habitual o desempeña otro empleo, previa autorización del jefe del organismo. La comisión puede otorgarse al interior del país o al exterior.*

*ARTÍCULO 2.2.5.5.22 Clases de comisión. Las comisiones pueden ser:*

*1. De servicios.*

(...)

*ARTÍCULO 2.2.5.5.24. Contenido del acto administrativo que confiere la comisión. El acto administrativo que confiere la comisión señalará:*

1. El objetivo de la misma.
2. Si procede el reconocimiento de viáticos, cuando haya lugar al pago de los mismos.
3. La duración.
4. El organismo o entidad que sufragará los viáticos o gastos de transporte, cuando a ello haya lugar.
5. Número del certificado de disponibilidad presupuestal o fuente del gasto.

*Este último requisito no se exigirá cuando la comisión no demande erogaciones del Tesoro.*

**ARTÍCULO 2.2.5.5.25 Comisión de servicio.** *La comisión de servicios se puede conferir al interior o al exterior del país, no constituye forma de provisión de empleos, se otorga para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.*

*Esta comisión hace parte de los deberes de todo empleado, por tanto, no puede rehusarse a su cumplimiento.*

**ARTÍCULO 2.2.5.5.26 Duración de la comisión de servicios.** *Las comisiones al exterior, se conferirán por el término estrictamente necesario para el cumplimiento de su objeto, más uno de ida y otro de regreso, salvo en los casos en que quien autoriza la comisión, considere que éstos no son suficientes para el desplazamiento al sitio donde deba cumplirse y su regreso al país, en cuyo caso podrá autorizar el término mínimo que considere necesario.*

*La comisión de servicios al interior se otorgará hasta por el término de treinta (30) días hábiles, prorrogable por razones del servicio y por una sola vez hasta por treinta (30) días hábiles más.*

*No estará sujeta al término antes señalado la comisión de servicio que se otorgue para cumplir funciones de inspección o vigilancia y las que por su naturaleza exijan necesariamente una duración mayor, a juicio del nominador.*

*Queda prohibida toda comisión de servicio de carácter permanente."*

De acuerdo con lo anterior, la comisión de servicios es la situación administrativa en virtud de la cual el empleado previa autorización del jefe del organismo, ejerce temporalmente funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o se atienden transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular; no genera vacancia del empleo, puede dar lugar al pago de viáticos y gastos de transporte, de acuerdo con la comisión, y el comisionado tiene derecho a la remuneración del cargo del cual es titular.

Por otro lado, el acto administrativo que se expide para el otorgamiento de una comisión de servicios a un empleado o servidor público debe contener el objeto de la comisión, si procede o no el reconocimiento de viáticos y el tiempo por el cual se va a otorgar, que si fuere en el interior del país su término de duración no podrá ser mayor a treinta (30) días hábiles prorrogable por necesidad en el servicio por treinta (30) días hábiles más.

En esos términos, y para dar respuesta a su tema objeto de consulta, es preciso mencionar que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no se encuentra facultado para pronunciarse sobre las situaciones internas de las entidades, por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, corresponde al jefe de la respectiva Empresa Social del Estado, revisar la procedencia del otorgamiento de una comisión de servicios a una empleada de carrera administrativa, siempre que cumpla con los presupuestos normativos indicados para su procedencia, y asimismo, teniendo en cuenta que, el empleo objeto de comisión de servicios se encuentra por su naturaleza enmarcado en los de libre nombramiento y remoción.

Así las cosas, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 1083 de 2015, la comisión de servicios es otorgada a empleados cuya vinculación con la administración es de manera legal y reglamentaria, y teniendo en cuenta que los trabajadores oficiales suscriben contrato laboral; esta situación administrativa no es de su aplicación, y por lo tanto, la misma no es procedente.

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. *“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.”*
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 6 de febrero de 2007, Radicación No27883, Consejero Ponente: Isaura Vargas Díaz.
3. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.*

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:29:25