



Función Pública

Concepto 091291 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000091291

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000091291

Fecha: 17/03/2021 12:23:33 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: DOCENTES Y/O DIRECTIVOS DOCENTES. Situaciones Administrativas. ¿Es procedente conceder una comisión a un docente para que desempeñe un empleo en una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta? RAD.: 20212060094102 del 22 de febrero de 2021.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, por medio de la cual consulta si es procedente conceder una comisión a un docente para que se desempeñe como Gerente de una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta; al respecto, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es preciso aclarar que, según lo manifestado en su consulta, la entidad a la que se vincularía el docente durante la comisión, es una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixta, en razón al porcentaje de los aportes; en tal sentido, 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 fuera de texto)

Por su parte el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, dispone:

“ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE mediante sentencia C-484-95 >. 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)

Así las cosas, se colige que, 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, los empleados serán trabajadores oficiales, salvo aquellos que ejerzan actividades de dirección o confianza, que deberán tener la calidad de empleados públicos.

También es importante remitirse a lo señalado en la Sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, la cual dice:

“ (...)

6.2.2. Ahora bien, utilizando un criterio orgánico, el artículo 123 de la Carta señala que “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”. (Subraya la Corte) A su turno, el artículo 125 *ibídem* establece que “(l)os 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”. Con base en estas dos normas, la Corte ha hecho ver que la noción de “servidor público” es un género que comprende diferentes especies, cuales son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Estos últimos, como es sabido, no se vinculan a la

Administración mediante situación legal y reglamentaria, sino mediante contrato de trabajo, al contrario de lo que sucede con los empleados públicos. La jurisprudencia también ha hecho ver que la anterior clasificación emana de la Carta misma, pero que ello no obsta para que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos diferentes de las mencionadas, para lo cual está revestido de facultades expresas en virtud de lo dispuesto por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política. Así pues, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

De otro lado, la Constitución también deja en manos del legislador el establecimiento de la responsabilidad de los servidores públicos, cuando en su artículo 124 indica que “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.” Así pues, dado que según se ha examinado en las consideraciones precedentes de esta sentencia, tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos son entidades descentralizadas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, se tiene que las personas que les prestan sus servicios son servidores públicos, por lo cual el legislador puede señalar para ellos un régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Sin embargo, en ejercicio de la anterior facultad, el legislador encuentra límites que devienen directamente de la Carta, como aquellos que están dados por los artículos 126 y 127 superiores, que expresamente establecen ciertas inhabilidades e incompatibilidades aplicables a todos los servidores públicos.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional la noción de “servidor público” es un género que comprende diferentes especies a saber: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales, pero ello no obsta para que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos diferentes de las mencionadas, por lo cual, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

En ese orden de ideas, es claro que los empleados y trabajadores vinculados a las empresas de servicios públicos mixtas ostentan la calidad de servidores públicos, teniendo en cuenta que según el artículo 123 de la Carta Política, entran en esta categoría los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Adicionalmente, estas Empresas hacen parte de la Administración Pública así se rijan por el derecho privado.

Ahora bien, con relación a las situaciones administrativas de los docentes, el Decreto 1278 de 2002 “por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente” señala:

“ARTÍCULO 50. Situaciones administrativas. Los docentes o directivos docentes pueden hallarse en alguna de las siguientes situaciones administrativas:

a) En servicio activo, que comprende el desempeño de sus funciones, el encargo y la comisión de servicios;

b) Separados temporalmente del servicio o de sus funciones, esto es, en comisión de estudios, en comisión de estudios no remunerada, en comisión para ocupar cargo de libre nombramiento o remoción, en licencia, en uso de permiso, en vacaciones, suspendidos por medida penal o disciplinaria, o prestando servicio militar;

c) Retirados del servicio.”

“ARTÍCULO 56. Comisión para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción. A los docentes y directivos docentes inscritos en el Escalafón Docente se les podrá conceder comisión hasta por tres (3) años para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, para el cual hayan sido designados en la misma entidad a la cual se encuentren vinculados o en otra.

Mientras se esté en esta comisión, el tiempo de servicio no se contabiliza para efectos de ascenso o de reubicación de nivel salarial en el correspondiente grado del Escalafón Docente.”

En los términos de las normas transcritas, entre las situaciones administrativas en que puede encontrarse un docente o directivo docente inscrito en el Escalafón Docente, está la comisión para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, otorgada por autoridad competente para ocupar hasta por tres años un cargo de libre nombramiento y remoción de la misma entidad en la que se encuentre vinculado o en otra.

Durante el tiempo de la comisión, no se contabilizará el tiempo para efectos de ascenso o reubicación de nivel salarial del correspondiente grado del Escalafón Docente.

También se resalta que durante el tiempo que el docente se encuentre en cualquiera de las situaciones administrativas antes anotadas, este no

pierde la calidad de servidor público. En ese sentido es importante revisar la prohibición constitucional del artículo 128, que contempla:

“ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

De acuerdo a todo lo referido anteriormente, esta Dirección Jurídica concluye:

1. Los trabajadores de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, son trabajadores particulares que rigen su vinculación laboral por normas del Derecho Privado; no obstante, éstos ostentan la calidad de servidores públicos, teniendo en cuenta que según el artículo 123 de la Carta Política, entran en esta categoría los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
2. La comisión para desempeñar un empleo en otra entidad, se limita a empleos públicos que estén clasificados como de libre nombramiento y remoción.
3. Sin importar la situación administrativa que se conceda a un servidor público, este no pierde dicha calidad y por ende, en virtud del artículo 128 constitucional, es improcedente que estando en una situación administrativa, se vincule con otra entidad pública.

Así las cosas, en respuesta a su consulta se concluye que no es procedente que se otorgue una comisión o alguna situación administrativa para que un docente se desempeñe como gerente de una empresa de servicios públicos domiciliarios, por cuanto éste no pierde la calidad de servidor público y por ende no puede tener vinculación con dos entidades que hacen parte de la administración pública, como tampoco procede la comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción, porque el empleo de gerente de una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, no es un empleo público, ni está clasificado como de libre nombramiento y remoción.

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: Nataly Pulido

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:25:33