



Concepto 113161 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000113161

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000113161

Fecha: 16/03/2022 11:03:09 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPLEOS - CLASIFICACIÓN. ¿Cuál es la calidad de los servidores públicos de la Unidad de Servicios Públicos del municipio de Puerto Santander?

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta cuál es la calidad de los servidores públicos de la Unidad de Servicios Públicos del municipio de Puerto Santander, me permito manifestar lo siguiente:

Sea lo primero señalar que según los hechos de su consulta, mediante el Acuerdo 094 de 1998, el Concejo municipal de Puerto Santander autoriza "la creación de la dependencia de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo del municipio de Puerto Santander y se conceden facultades al alcalde municipal para su reglamentación"; sin que se observe en el referido acuerdo que dicha dependencia cuente con autonomía administrativa, personería jurídica o que se constituya como una Empresa de Servicios Públicos en los términos de la Ley 142 de 1994¹:

"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."

Por otra parte, sobre el mismo tema el Decreto 3135 de 1968² al regular las formas de vinculación en una empresa industrial y comercial del Estado señala:

"ARTÍCULO 5.- 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."

Conforme a la normativa transcrita, 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; y 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, y adopten el régimen de empresa industrial y comercial del Estado, se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968

De esta forma, según los datos de su consulta no se entiende que el concejo haya creado una empresa para la prestación de los servicios públicos en el municipio, sino que se hará a través de una dependencia de la alcaldía municipal.

Teniendo en cuenta lo señalado es necesario precisar los tipos de vinculación de los servidores públicos con la administración pública, así:

El Consejo de Estado, en Sentencia de marzo 16 de 1993, expresó, respecto de los criterios que permiten determinar cuándo un servidor público, es empleado y cuando es trabajador oficial, lo siguiente:

"Existen varios criterios para distinguir o clasificar a los servidores públicos, veamos: El criterio formalista que es aquel que tiene en cuenta la forma de vinculación del servidor a la Administración. Si se efectúa mediante acto condición, Decreto o Resolución de nombramiento con posesión del cargo, será entonces empleado público; y si es mediante contrato de trabajo se le considera trabajador oficial.

El criterio funcional o finalista es aquel que tiene en cuenta la clase de actividad que desarrollan las personas naturales vinculadas a la administración si son labores o tareas administrativas o de gestión de la cosa pública, en tanto si ejerce tareas materiales o actividades de carácter industrial o comercial es trabajador oficial.

En nuestra legislación el criterio funcional es excepcional; opera cuando se trata de actividades de dirección y confianza y respecto de aquellas personas naturales dedicadas a la construcción y mantenimiento de obras públicas.

Sin embargo, el criterio utilizado por la Ley para distinguir a un empleado público de un trabajador oficial no es el de la naturaleza del acto de su vinculación, sino que se apoya en la naturaleza de la entidad en donde presta los servicios y, excepcionalmente, tiene en cuenta la clase de actividad que desempeña el servidor, como en el caso de la construcción y del sostenimiento de las obras públicas. Así, por ejemplo, un empleado público no perdería su condición de tal por haber sido vinculado mediante un contrato de trabajo o quien desempeñe una actividad de construcción y de sostenimiento de obra pública, no dejará de tener la condición de trabajador oficial por haberse vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, pues no es el vínculo jurídico el que determina la condición de empleado, o trabajador sino por el contrario, es aquella condición la que determina el vínculo.

"La calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial, a la cual presta servicios de índole laboral, no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la Ley de manera general y, excepcionalmente por los estatutos de la entidad en los casos determinados por los artículos 5 del Decreto 3135 de 1968, 233 y 292 de los Códigos Departamental y Municipal en su orden".¹ (Se subraya)

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de Julio 29 de 1983, precisó que no es tema propio de las Convenciones Colectivas, sino de la Ley, definir la naturaleza del vínculo jurídico existente entre las entidades públicas y sus colaboradores y determinar el estatuto laboral aplicable, pues la Convención Colectiva de trabajo no es el instrumento adecuado para clasificar los servidores de un ente oficial como empleados públicos o trabajadores oficiales.

La Constitución Política, en su artículo 53, incluye dentro de los principios mínimos fundamentales del trabajo la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

La Corte Constitucional en Sentencia C-023 de enero 27 de 1994, expresó en relación con este principio lo siguiente:

"El derecho opera en la realidad y tiende exclusivamente hacia ella, lo real siempre tiene primacía, pues de no ser así jamás se concretarían en el mundo jurídico las libertades del hombre. No es posible que las formalidades establecidas por los sujetos lleguen a obstruir los beneficios reales para el trabajador y la realidad misma del derecho al trabajo y es lógico que así suceda, pues nunca lo sustancial, puede subordinarse a lo accidental, sino todo lo contrario:

Los accidentes deben definir cada vez más lo sustancial, en lugar de anular la realidad.

De no ser así operaría un desorden jurídico, contrario al orden jurídico que inspira la Carta política."

Ahora bien, teniendo en cuenta que no se ha expedido reglamentación alguna que precise qué actividades comprenden el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales, se deberá acudir a la interpretación por el método de análisis semántico, o a la ayuda de la doctrina y la jurisprudencia.

De esta manera tenemos que el diccionario de la real academia española señala:

Mantenimiento de la planta física. "Mantenimiento. Conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias, etc., puedan seguir funcionando adecuadamente".

"Instalaciones. Conjunto de cosas instaladas". "Instalar. Colocar en un lugar o edificio los enseres y servicios que en él se hayan de utilizar; como en una fábrica, los conductos de agua, aparatos para la luz, etc.

Por su parte, Pedro A. Lamprea en su libro "Práctica Administrativa" Tomo I. 1988 sobre el concepto de "mantenimiento" expresa lo siguiente:

"El mantenimiento puede entenderse como toda acción dirigida a la conservación de la cosa, pero más bien encaminada a la funcionalidad del bien mantenido; pues la idea de mantener implica conservar una cosa en un ser para que se halle en vigor y permanencia.

"...las actividades de mantenimiento van encaminadas a realizar todos los actos indispensables para evitar la pérdida o deterioro del bien. (...)

Así las cosas, podemos entender por planta física la integrada por aquellos bienes muebles e inmuebles destinados al cumplimiento de los objetivos de la entidad, ejemplo, edificaciones, equipos y máquinas fijas, instalaciones de servicios, calderas, etc.

De otra parte, respecto de lo que puede entenderse por Servicios Generales tenemos que dentro de la estructura organizacional que se ha venido proponiendo para las entidades de la Rama Ejecutiva se hace referencia al Área Administrativa, la cual comprende la Unidad Financiera, la de Recursos Humanos y la de "Servicios Generales".

Las actividades que conforman los "servicios generales", tienen la connotación de servir de apoyo a la entidad, como un todo, para su correcto funcionamiento. Dichos servicios no benefician a una área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual. Dentro de éstos podemos precisar los suministros, el transporte, la correspondencia y archivo, la vigilancia, cafetería, aseo, jardinería, mantenimiento, etc.

En tal virtud, la naturaleza del personal que presta sus servicios en el área de servicios generales son de trabajadores oficiales; sin embargo, es necesario que se evalúe bajo los parámetros anteriormente dados.

De acuerdo con lo señalado nos permitimos transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

1. Se remita un concepto jurídico referido al asunto de la referencia, que establezca la calidad de los servidores públicos de la Unidad de Servicios Públicos, diferenciándolos entre trabajadores oficiales y empleados públicos, según sea el caso, de conformidad con la información aportada.

2.

Respuesta: De acuerdo con el primer elemento a analizar, toda vez que no existe una empresa de servicios públicos propiamente constituida no podríamos establecer que se trata de trabajadores oficiales; sin embargo, acudiendo al segundo elemento; es decir, las funciones tenemos que básicamente son las siguientes:

"CONDUCTOR: Conducir los vehículos automotores oficiales de la alcaldía municipal asignados a la unidad de servicios públicos domiciliarios, para el trasporte de residuos sólidos, material y personal de la unidad de servicios públicos domiciliarios asignados.

OPERARIO: Realizar los procesos de operación de la planta de tratamiento y mantenimiento del sistema de acueducto urbano para la prestación del servicio público domiciliario.

AYUDANTE: Realizar actividades de recolección de residuos sólidos de la zona urbana y mantenimiento de alcantarillado, para la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios de Aseo y Alcantarillado”.

De esta forma y de acuerdo con lo expuesto, si bien no se encuentra creada la empresa de servicios públicos del municipio, la dependencia de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo del municipio de Puerto Santander realiza las funciones relacionadas con la prestación de los servicios básicos del municipio, por lo cual se considera aplicable la clasificación que sobre “servicios generales” se ha dejado expuesta; es decir, teniendo en cuenta las funciones desempeñadas por los empleos consultados OPERARIO y AYUDANTE, en criterio de esta dirección jurídica, podrían ser clasificados como de trabajadores oficiales, en la medida que están orientados al mantenimiento de la planta física de la dependencia. Respecto del empleo de CONDUCTOR se deberá verificar que el mismo no se encuentre adscrito al despacho del alcalde, caso en el cual correspondería a un empleo de libre nombramiento y remoción en los términos del artículo 5 de la Ley 909 de 2004³; en caso contrario corresponderá a un empleo de carrera administrativa de conformidad con lo señalado en el artículo 20 del Decreto 785 de 2005⁴.

3. Referir el procedimiento que se debe realizar para el ajuste de los cargos y nombramientos de acuerdo a la calidad que se determine pertenecen los servidores públicos de la unidad de servicios públicos, bien sean trabajadores oficiales o empleados Públícos.

Respuesta: Teniendo en cuenta lo señalado corresponderá a la entidad, en ejercicio de su autonomía administrativa y financiera, proferir los actos administrativos que permitan adecuar la forma de vinculación de sus servidores, de manera que aquellos que desempeñen funciones de trabajadores oficiales se vincularan mediante un contrato de trabajo, toda vez que, como lo expresó el Consejo de Estado en el pronunciamiento citado: “un empleado público no perdería su condición de tal por haber sido vinculado mediante un contrato de trabajo o quien desempeñe una actividad de construcción y de sostenimiento de obra pública, no dejará de tener la condición de trabajador oficial por haberse vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, pues no es el vínculo jurídico el que determina la condición de empleado, o trabajador sino por el contrario, es aquella condición la que determina el vínculo”.

En caso de requerir información adicional respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, al enlace [/eva/es/gestor-normativo](#), en el que 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: Michel Tatiana Rivera Rodriguez

Revisó. Harold Herreño

Aprobó: Armando López

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

2. “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.”

3. “Por la cual se expedan normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

4. "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004."

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:32:25