



## Concepto 286391 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000286391\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000286391

Fecha: 10/07/2023 02:37:46 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Viabilidad de que una entidad “preste” a un servidor público a otra. RAD. 20232060628502 del 20 de junio de 2023.

En la comunicación de la referencia, mediante la cual informa que, la entidad Empresas Públicas de Nilo S.A.S.E.S.P. EMPUNILO, solicitó a la Alcaldía Municipal de Nilo en calidad de préstamo un conductor para que cubra una incapacidad de uno de sus conductores, siendo a cargo de la Alcaldía la carga prestacional y demás responsabilidades pecuniarias que esto implica.

A más de lo anterior requieren que la persona que en calidad de préstamo para que reemplace al conductor que será sometido a una cirugía debe ser bachiller, tener licencia de conducción vigente categoría C-2 y contar con 18 meses de experiencia relacionada.

Es de anotar que el personal de la Alcaldía de Nilo no cuenta con una planta de supernumerarios que puedan cubrir esas contingencias laborales.

Consulta si la alcaldía está en la obligación de cubrir ese reemplazo con el préstamo de un conductor de la alcaldía o si por el contrario, ellos están en la obligación de buscar el reemplazo del personal a su cargo y cuáles serían los argumentos para negar dicho préstamo.

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Respecto de la materia objeto de consulta, el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia establece:

“Artículo 123.- Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones

públicas, empleados y trabajadores del Estado.

Ahora bien, con el fin de atender su planteamiento jurídico, se considera procedente analizar la clasificación de los trabajadores de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios; en ese sentido, se indica que, respecto de la naturaleza de una ESP, la Ley [142](#) de 1994<sup>1</sup>, 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.

**14.6. 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.

**14.7. 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%."

**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."

**ARTÍCULO 41. APLICACIÓN DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL 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 [170.](#), se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo [50.](#) del Decreto-ley [3135](#) de 1968.". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, las empresas de servicios públicos domiciliarios 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 quienes se vinculen a ella tendrán el carácter de trabajador oficial y se rigen por normas de derecho público propio de las entidades estatales; por otra parte, si se trata de recursos provenientes del sector privado o aportes público privados la relación de sus trabajadores se regirá por las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Frente al particular, 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 El régimen jurídico de los servidores de las sociedades de economía mixta y de las empresas de servicios públicos.

6.2.1 El artículo 210 de la Constitución Política autoriza al legislador para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes. Como dentro de esta categoría se incluyen tanto las sociedades de economía mixta, como las empresas de servicios públicos, debe concluirse que su régimen jurídico es el señalado en la Ley. Ahora bien, el señalamiento del tipo de vínculo que une a los trabajadores de las sociedades de economía mixta o de las empresas de servicios públicos con esta clase de entidades descentralizadas es un asunto que forma parte de la definición del régimen jurídico de las mismas, y que por lo tanto debe ser establecido por el legislador.

De otro lado, según las voces del artículo 365 superior, los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. Además, de conformidad con el mismo artículo, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, por lo cual quienquiera sea quien los preste, el legislador tiene el deber de regularlos de manera que dicha finalidad social quede garantizada. En tal virtud, como lo ha hecho ver esta Corporación, "puede establecer las condiciones y limitaciones que resulten necesarias, sean ellas relativas por ejemplo a la aplicación de "instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado, o el establecimiento de inhabilidades o incompatibilidades que puedan resultar necesarias para "el logro de sus fines competenciales" y "el respeto de los principios que rigen la función administrativa, fijando en todo caso límites a dicha intervención" (Destaca la Corte). Esta facultad legislativa se ve corroborada por lo prescrito por el numeral 23 del artículo 150 superior, a cuyas voces corresponde al Congreso "expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos".(Destaca la Corte)

Así pues, como primera conclusión relevante para la definición del segundo problema jurídico que plantea la presente demanda, se tiene que corresponde al legislador establecer el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta y de las empresas de servicios públicos, y que en tal virtud le compete regular la relación que se establece entre dichas entidades y las personas naturales que les prestan sus servicios, pudiendo señalar para ello un régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Ahora bien, como se hizo ver ad supra, en ejercicio de esta facultad el legislador estableció en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 que "las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley". (Destaca la Corte) Y el Código de Comercio en su artículo 461 dispone que "(s)on de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario." (Destaca la Corte)

De manera similar, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 indica que salvo las excepciones constitucionales o las señaladas en esa misma ley, todas las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

Así pues, como segunda conclusión relevante se tiene que, en uso de libertad de configuración legislativa, el Congreso ha establecido como regla general que tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos están sujetas a un régimen de derecho privado. La razones de esta decisión legislativa tienen que ver con el tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo las sociedades de economía mixta, y con la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades, así como también con el régimen de concurrencia con los particulares en que los servicios públicos son prestados por las empresas de servicios públicos, circunstancias estas que implican que, por razones funcionales y técnicas, se adecue más al desarrollo de tales actividades la vinculación de sus trabajadores mediante un régimen de derecho privado.

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 ibidem 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 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, cuáles son 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 quienes prestan sus servicios 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, en virtud de lo previsto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 estas empresas hacen parte de la Rama Ejecutiva y de lo previsto en el artículo 39 ibídem, de la Administración Pública, aun cuando se ríjan laboralmente por las disposiciones del derecho privado; es decir, por las contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, el conductor de las Empresas Públicas de Nilo S.A.S.E.S.P. EMPUNILO es un servidor público que se rige por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y el conductor que presta sus servicios en la Alcaldía, es un empleado público, que se rige de manera exclusiva por lo señalado por la Ley y el reglamento.

Cada entidad pública, incluyendo las empresas de servicios públicos, conforme con la Constitución y con la Ley, adoptan la planta de personal que desarrollará su misión institucional, y tramitará el respectivo presupuesto para cubrir los gastos personales, incluyendo los gastos originados en la provisión de las vacantes temporales.

Esto significa que cada entidad tiene la obligación de incluir en su presupuesto los gastos que se originen en todas y cada una de las situaciones en las que se encuentren sus servidores. Así, la provisión de una vacancia temporal de uno de sus cargos debe estar prevista por la entidad, tanto en su aspecto operativo como en el presupuestal.

Ahora bien, como lo indica el artículo 122 de la Constitución Política, no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Adicionalmente, como se indicó en apartes anteriores, el empleado público, tiene una relación legal y reglamentaria, que indica que todos los aspectos relacionados con su vínculo laboral, están determinados en la Ley o en el reglamento. Así, las situaciones administrativas en las que puede encontrarse un empleado público, serán las establecidas en la Ley, sin que sea posible para la entidad en la que presta sus servicios, crear una diferente a las contenidas en la norma. No sobra señalar que esta situación generaría un traslado del empleado sin el lleno de los requisitos legales.

La legislación no ha previsto una figura jurídica que permita a una entidad pública, como lo es una Alcaldía, “prestar” a un empleado público de su planta de personal, para que labore en una Empresa de Servicios Públicos y, adicionalmente, le pague sus salarios y prestaciones por un servicio que no va a desarrollar para desarrollar las funciones que desempeña en su propia entidad. Esto se traduciría en un beneficio para la entidad en la que prestaría sus servicios, sin que reconozca el costo de sus salarios y prestaciones, y un detrimento para la entidad a la que pertenece el empleado, pues estaría pagando por servicios que no se desarrollan en cumplimiento de su objeto institucional. Esto podría generar las investigaciones respectivas.

A esto se agrega, que el régimen de administración de personal, salarial y prestacional del empleado de la Alcaldía, es diferente al que rige para el personal de la Empresa de Servicios Públicos y la legislación no ha previsto la posibilidad de combinar los regímenes de dos entidades públicas.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que no es viable que la Alcaldía “preste” a uno de sus servidores para que desarrolle funciones en otra entidad y mucho menos, que le pague sus salarios y prestaciones.

Las labores que desarrolle un empleado, deben realizarse en cumplimiento de sus funciones institucionales y en beneficio de la entidad para la cual labora y no puede la administración, destinar la fuerza laboral de su entidad en beneficio de otra sin que medie una figura jurídica que lo permita, y que, se reitera, no existe en nuestra legislación.

La Empresa de Servicios Públicas tiene el deber de prever las situaciones que generan la vacancia temporal de sus servidores y haber realizado las gestiones necesarias para cubrir los gastos laborales que esto ocasione. En caso de una vacancia temporal en su planta de personal, es esta entidad quien debe cubrir, de acuerdo con su naturaleza, las funciones de quien se encuentra separado temporalmente de su cargo y no le puede endilgar esta responsabilidad operativa y presupuestal a otra entidad pública.

En caso que requiera mayor información sobre 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, en el link “Gestor Normativo”: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó y aprobó Armando López Cortés

11602.8.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

---

<sup>1</sup>“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”