Función Pública

Concepto 44171 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000044171

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000044171

Fecha: 14-02-2019 04:08 pm

BogotÃ¡ D.C.

REFERENCIA: EMPLEOS.- Naturaleza de la vinculaciÃ³n de un servidor pÃºblico – trabajador oficial. RADICACION: 2019-206-000508-2 del 9 de enero de 2019

En atenciÃ³n a la consulta de la referencia, trasladado a este Departamento por la ComisiÃ³n Nacional del Servicio Civil, relacionada con el nombramientos de dos trabajadores oficiales mediante resoluciÃ³n de nombramiento y acta de posesiÃ³n, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes tÃ©rminos:

En primer lugar, deben precisarse las diferencias entre los trabajadores oficiales y los empleados pÃºblicos, para que en el caso en particular pueda determinar su rÃ©gimen de vinculaciÃ³n.

La constituciÃ³n polÃtica, establece en sus artÃculos 123 y 125, que:

Â«ARTICULO 123. Son servidores pÃºblicos los miembros de las corporaciones pÃºblicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores pÃºblicos estÃ¡n al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerÃ¡n sus funciones en la forma prevista por la ConstituciÃ³n, la ley y el reglamento.

La ley determinarÃ¡ el rÃ©gimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeÃ±en funciones pÃºblicas y regularÃ¡ su ejercicio.Â»

Â«ARTICULO 125. Los empleos en los Ã³rganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptÃºan los de elecciÃ³n popular, los de libre nombramiento y remociÃ³n, los de trabajadores oficiales y los demÃ¡s que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la ConstituciÃ³n o la ley, serÃ¡n nombrados por concurso pÃºblico.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harÃ¡n previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los mÃ©ritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se harÃ¡: por calificaciÃ³n no satisfactoria en el desempeÃ±o del empleo; por violaciÃ³n del rÃ©gimen disciplinario y por las demÃ¡s causales previstas en la ConstituciÃ³n o la ley. [...]Â»

Con respecto a las categorÃas de empleados pÃºblicos y trabajadores oficiales, el artÃculo 5 del D.L. 3135 de 1968, seÃ±ala:

“ARTICULO 5. EMPLEADOS PÃBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. <Aparte entre parÃ©ntesis declarado INEXEQUIBLE> Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos PÃºblicos son empleados pÃºblicos; sin embargo, los trabajadores de la construcciÃ³n y sostenimiento de obras pÃºblicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos PÃºblicos se precisarÃ¡ que actividades pueden ser desempeÃ±adas 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 precisarÃ¡n quÃ© actividades de direcciÃ³n o confianza deban ser desempeÃ±adas por personas que tengan la calidad de empleados pÃºblicos”.

AsÃ las cosas los tipos de vinculaciÃ³n de los servidores pÃºblicos con la administraciÃ³n pÃºblica, es:

EMPLEADOS PÃBLICOS: RelaciÃ³n legal o reglamentaria, debe existir un acto administrativo de nombramiento, precedido de la respectiva acta de posesiÃ³n.

TRABAJADORES OFICIALES: RelaciÃ³n contractual, existe un contrato laboral de trabajo que contiene las condiciones de la relaciÃ³n. El rÃ©gimen laboral para los trabajadores oficiales estÃ¡ contenido en el mismo contrato de trabajo, asÃ como en la convenciÃ³n colectiva, pacto colectivo, reglameneto interno de trabajo, si los hubiere y por lo no previsto en estos instrumentos, por la Ley 6Âª de 1945 el Decreto 1083 de 2015.

La modalidad contractual laboral otorga a quien por ella se vincula a la AdministraciÃ³n el carÃ¡cter de trabajador oficial y se traduce en un contrato de trabajo que regula el rÃ©gimen del servicio que se va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables.

Con fundamento en lo expuesto, y en criterio de esta DirecciÃ³n JurÃdica la diferencia entre empleados pÃºblicos y trabajadores oficiales, se fundamenta asÃ:

- El empleado pÃºblico se rige por una relaciÃ³n legal y reglamentaria, y se concreta con un acto de nombramiento y la suscripciÃ³n de un acta de posesiÃ³n, en tanto que un trabajador oficial suscribe un contrato de trabajo;

- Los empleados pÃºblicos desarrollan funciones que son propias del Estado, de carÃ¡cter administrativo, de jurisdicciÃ³n o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la Ley o el reglamento, mientras que los trabajadores oficiales desarrollan actividades que realizan o pueden realizar ordinariamente los particulares, entre otras, labores de construcciÃ³n y sostenimiento de obras pÃºblicas.

- El rÃ©gimen jurÃdico que se aplica a los empleados pÃºblicos es de derecho pÃºblico y las controversias que se susciten con la AdministraciÃ³n deben ventilarse ante la jurisdicciÃ³n de lo contencioso administrativo, en tanto que el rÃ©gimen jurÃdico que se aplica a los trabajadores oficiales es en principio de derecho comÃºn, y los conflictos laborales son de competencia de los jueces laborales.

En conclusiÃ³n, si el servidor pÃºblico tiene un contrato de trabajo, se trata de un trabajador oficial y su rÃ©gimen legal serÃ¡ el establecido en el contrato de trabajo, la convenciÃ³n colectiva, el pacto colectivo o en el reglamento interno de trabajo, y por lo no previsto en ellos en la Ley 6 de 1945, al Decreto 1083 de 2015 y demÃ¡s normas que lo modifican o adicionan; si por el contrario, el servidor pÃºblico fue vinculado mediante una relaciÃ³n legal y reglamentaria a un empleo de libre nombramiento y remociÃ³n o a un cargo de carrera administrativa, sea por concurso o provisional, en planta temporal o en cargo de periodo, tiene la calidad de empleado pÃºblico y su rÃ©gimen legal serÃ¡ el establecido en las normas para empleados pÃºblicos.

El Decreto 1083 de 2015 Ãnico reglamentario del sector funciÃ³n pÃºblica, establece:

Â«ARTÃCULO 2.2.30.2.4 *RÃ©gimen aplicable a los empleados pÃºblicos.* No obstante lo dispuesto en los artÃculos anteriores, las relaciones entre los empleados pÃºblicos y la administraciÃ³n nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcciÃ³n o sostenimiento de las obras pÃºblicas, o de empresas industriales, comerciales, agrÃcolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idÃ©nticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma.Â»

Por su parte la ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo pÃºblico la carrera administrativa, gerencia publica y se dictan otras disposiciones, seÃ±ala:

Â«ARTÃCULO 5Âº. ClasificaciÃ³n de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepciÃ³n de:

1. Los de elecciÃ³n popular, los de perÃodo fijo, conforme a la ConstituciÃ³n PolÃtica y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indÃgenas conforme con su legislaciÃ³n. […]

2. Los de libre nombramiento y remociÃ³n que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de direcciÃ³n, conducciÃ³n y orientaciÃ³n institucionales, cuyo ejercicio implica la adopciÃ³n de polÃticas o directrices asÃ:

[…]

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesorÃa institucional, asistenciales o de apoyo, que estÃ©n al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos asÃ:

[…]

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administraciÃ³n y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protecciÃ³n y seguridad personales de los servidores pÃºblicos .[…]

La citada norma establece que los empleos de los organismos y entidades regulados en la citada norma son de carrera administrativa, la excepciÃ³n la constituyen los cargos de elecciÃ³n popular, los de periodo, los trabajadores oficiales, los de libre nombramiento y remociÃ³n que corresponden a los criterios contenidos en el citado artÃculo.

Con respecto a las categorÃas de empleados pÃºblicos y trabajadores oficiales, los artÃculos 1 y 2 de Decreto 1848 de 1969, seÃ±alan:

ARTÃCULO 1Âº.- *Empleados oficiales*. Definiciones.

1. Se denominan genÃ©ricamente empleados oficiales las personas naturales que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos pÃºblicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economÃa mixta, definidos en los artÃculos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968.

2. Los empleados oficiales pueden estar vinculados a la administraciÃ³n pÃºblica nacional por una relaciÃ³n legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo.

3. En todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relaciÃ³n legal y reglamentaria, se denomina empleado pÃºblico. En caso contrario, tendrÃ¡ la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relaciÃ³n de carÃ¡cter contractual laboral.

4. Ver Decreto Nacional 3135 de 1968 ArtÃculo 2 Decreto Nacional 1950 de 1973 ArtÃculo 5 Decreto Nacional 1950 de 1973

ARTÃCULO 2Âº.- *Empleados pÃºblicos*. 1. Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos pÃºblicos y unidades administrativas especiales, son empleados pÃºblicos.

Inciso 2Âº.- Declarado nulo por el Consejo de Estado. Sentencia del 16 de julio de 1971, LXXXI, nÃºmeros 431, 432, p. 79. (Ver artÃculo 123 y ss. de la ConstituciÃ³n Nacional).

Para determinar quiÃ©nes tienen la calidad de trabajadores oficiales es pertinente citar el pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de CasaciÃ³n Laboral M :P Isaura Vargas DÃaz RadicaciÃ³n No 27883 del 6 de febrero de 2007.

Â« […] Al respecto, conviene recordar los criterios que segÃºn la jurisprudencia son los que permiten concluir la calidad de trabajador oficial expuestos por la Corte en sentencia de 19 de marzo de 2004 (RadicaciÃ³n 21.403), en los siguientes tÃ©rminos:

“ … Con tal fin reitera la Sala que son bÃ¡sicamente dos criterios que hay que tener en cuenta para clasificar, en una entidad territorial, a un servidor pÃºblico, como empleado pÃºblico o trabajador oficial, esto es, el factor orgÃ¡nico relacionado con la naturaleza jurÃdica de la entidad del ente para la cual se laborÃ³, y el funcional relativo a la actividad a la cual se dedicÃ³ aquÃ©l, para constatar si ella guarda relaciÃ³n directa o indirectamente con la construcciÃ³n y sostenimiento de obras pÃºblicas.

“Con los aludidos parÃ¡metros y con sujeciÃ³n al marco normativo que para esos efectos es el artÃculo 292 del Decreto 1333 de 1986, por haberse prestado el servicio a un municipio, no cabe duda alguna que el Tribunal no incurriÃ³ en el yerro hermeneÃºtico que se le endilga en el cargo; pues ese ha sido y es el alcance que le ha venido dando la CorporaciÃ³n a tal preceptiva, en cuanto se ha precisado que no toda actividad pÃºblica 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 condiciÃ³n de trabajador oficial, esto es, en la construcciÃ³n y sostenimiento de una obra pÃºblica.

[…]

“En efecto, si se llegara a aceptar la intelecciÃ³n que pretende el impugnante respecto de la norma denunciada, ello conllevarÃa a convertir la regla general en excepciÃ³n y viceversa, lo cual sÃ viola flagrantemente el sentido del precepto que gobierna el tema en estudio.

“Al respecto es pertinente renumerar lo precisado en la sentencia del 27 de febrero de 2002, radicaciÃ³n 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 desempeÃ±adas en el caso especÃfico, tienen relaciÃ³n con las actividades de construcciÃ³n y sostenimiento de obras pÃºblicas, pues no toda labor de servicios generales o de mantenimiento que se realice sobre un bien de una entidad pÃºblica o afectado a un servicio pÃºblico como aseo de instalaciones, reparaciones, albaÃ±ilerÃa, pintura, etc., determina por ese solo hecho la naturaleza jurÃdica del vÃnculo laboral.

“AsÃ, se expresÃ³ la Sala en sentencia de 4 de abril de 2001, Rad. 15143:

[…]

"AsÃ las cosas, como no es cualquier actividad la que otorga la condiciÃ³n 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 pÃºblica, es por lo que se hace necesario demostrar, para cada caso concreto, no sÃ³lo la naturaleza de la labor desplegada sino, ademÃ¡s, el carÃ¡cter de obra pÃºblica respecto de la cual se realizaron las labores relacionadas con su construcciÃ³n y mantenimiento; recordando que para tal efecto, la Corte ha aceptado como criterio orientador con tal fin, lo previsto por el artÃculo 81 del decreto 22 de 1983, asÃ tal precepto se encuentre derogadoÂ»

Frente al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, tenemos que la calidad de trabajador oficial no se da por la naturaleza del acto de vinculaciÃ³n, sino que ademÃ¡s se debe tener en cuenta la naturaleza de la entidad donde se presta el servicio, la clase de actividad y funciones que desempeÃ±a el servidor, por tal razÃ³n, si un funcionario se vinculÃ³ a travÃ©s de una relaciÃ³n legal y reglamentaria, pero las funciones y la categorÃa del empleo son propias de trabajador oficial, esta serÃ¡ su calidad. Por el contrario, si la vinculaciÃ³n se hizo a travÃ©s de una relaciÃ³n contractual, pero el cargo y las funciones desempeÃ±adas son propias de las de un empleado pÃºblico, esta es su calidad.

AsÃ las cosa las actuaciones que lleve a cabo cada entidad para efectuar el ajuste en la clasificaciÃ³n de un empleo, debe tener como Ãºnico fundamento como lo ha reiterado la Corte, la actividad que se desarrolla por parte el trabajador o empleado, pues ‹‹no es cualquier actividad la que otorga la condiciÃ³n 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 pÃºblica, es por lo que se hace necesario demostrar, para cada caso concreto, no sÃ³lo la naturaleza de la labor desplegada sino, ademÃ¡s, el carÃ¡cter de obra pÃºblica respecto de la cual se realizaron las labores relacionadas con su construcciÃ³n y mantenimiento›› (Corte Suprema Radicado No. 27883 del 6 de febrero de 2007).

Por lo tanto, es la unidad de personal o quien haga sus veces en virtud de sus competencias quien deberÃ¡ verificar los criterios contemplados en la norma y que han sido indicados y a partir de allÃ establecer si se trata de un empleo considerado de carrera administrativa, o un trabajador oficial, por lo que serÃ¡ la entidad empleadora quien estudie las circunstancias de la vinculaciÃ³n del servidor pÃºblico y tome las determinaciones que permitan dar soluciÃ³n al caso.

Para mayor informaciÃ³n respecto de las normas de administraciÃ³n de los empleados del sector pÃºblico; asÃ 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 podrÃ¡ encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta DirecciÃ³n JurÃdica.

El anterior concepto se emite en los tÃ©rminos establecidos en el artÃculo 28 del CÃ³digo de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la DirecciÃ³n JurÃdica

11602.8.4

R. Gonzalez

Fecha y hora de creación: 2024-05-20 02:11:30