



Concepto 193521 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000193521

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000193521

Fecha: 01/06/2021 01:05:58 p.m.

REF.: EMPLEOS. Cambio de Naturaleza del empleo. ¿Cómo debe proceder una entidad en caso que un trabajador que fue vinculado como empleado público, mediante vinculación legal y reglamentaria, en la realidad ejecuta labores de un trabajador oficial? RADICADO: 20219000434902 del 19 de mayo de 2021.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual consulta lo siguiente:

1. ¿Qué régimen se debe aplicar a un trabajador que fue vinculado como empleado público esto es mediante vinculación legal y reglamentaria, pero en la realidad ejecuta labores de un trabajador oficial como actividades operativas y de manejo de vehículos?

2. ¿Es posible que si se presentan los casos descritos en la petición anterior la entidad pueda proceder a terminar de manera consensuada y de común acuerdo con el trabajador la vinculación legal y reglamentaria y proceder de inmediato a la suscripción de un contrato de trabajo sin solución de continuidad con el fin de dar solución a dicho tema?

3. ¿Si las partes tomaran la decisión de terminar voluntariamente la vinculación legal y reglamentaria y luego suscribir un contrato de trabajo se debería cancelar la liquidación al trabajador de la relación que se termina o seguiría sin solución de continuidad con su nuevo contrato de trabajo?

4. ¿En caso de no existir común acuerdo entre un trabajador y un empleador frente al cambio de su modelo laboral de vinculación legal y reglamentaria a contrato de trabajo, podría una entidad estatal de forma unilateral modificar esa vinculación en justicia a la realidad laboral?

5. ¿Puede una entidad estatal una vez finalizada una relación laboral para una nueva vinculación laboral utilizar la figura de contrato de trabajo en consideración a que las actividades a desarrollar son características de un trabajador oficial así el manual de funciones y la constitución de la planta de personal indiquen que se entienden como empleados públicos?

Al respecto, me permito manifestarle lo siguiente:

En primer lugar, deben precisarse las diferencias entre los trabajadores oficiales y los empleados públicos, para que en el caso en particular pueda determinar su régimen de vinculación.

La constitución política, establece en sus Artículos 123 y 125, que:

«ARTICULO 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.»

«ARTICULO 125. Los 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.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. [...]»

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el Artículo 5 del D.L. 3135 de 1968, señala:

“ARTICULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE> Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Pùblicos son empleados pùblicos; sin embargo, los trabajadores de la construccion y sostenimiento de obras pùblicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Pùblicos se precisará que 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 pùblicos”.

Así las cosas, los tipos de vinculación de los servidores públicos con la administración pública, es:

EMPLEADOS PÙBLICOS: Relación legal o reglamentaria, debe existir un acto administrativo de nombramiento, precedido de la respectiva acta de posesión.

TRABAJADORES OFICIALES: Relación contractual, existe un contrato laboral de trabajo que contiene las condiciones de la relación. El régimen laboral para los trabajadores oficiales está contenido en el mismo contrato de trabajo, así como en la convención colectiva, pacto colectivo, reglamento interno de trabajo, si los hubiere y por lo no previsto en estos instrumentos, por la Ley 6^a de 1945 el Decreto 1083 de 2015.

La modalidad contractual laboral otorga a quien por ella se vincula a la Administración el carácter de trabajador oficial y se traduce en un

contrato de trabajo que regula el régimen 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 Dirección Jurídica la diferencia entre empleados públicos y trabajadores oficiales, se fundamenta así:

- El empleado público se rige por una relación legal y reglamentaria, y se concreta con un acto de nombramiento y la suscripción de un acta de posesión, en tanto que un trabajador oficial suscribe un contrato de trabajo;

- Los empleados públicos desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción 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 construcción y sostenimiento de obras públicas.

- El régimen jurídico que se aplica a los empleados públicos es de derecho público y las controversias que se susciten con la Administración deben ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en tanto que el régimen jurídico que se aplica a los trabajadores oficiales es en principio de derecho común, y los conflictos laborales son de competencia de los jueces laborales.

En conclusión, si el servidor público tiene un contrato de trabajo, se trata de un trabajador oficial y su régimen legal será el establecido en el contrato de trabajo, la convención 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 demás normas que lo modifican o adicionan; si por el contrario, el servidor público fue vinculado mediante una relación legal y reglamentaria a un empleo de libre nombramiento y remoción 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 público y su régimen legal será el establecido en las normas para empleados públicos.

El Decreto 1083 de 2015 Único reglamentario del sector función pública, establece:

«ARTÍCULO 2.2.30.2.4 Régimen aplicable a los empleados públicos. *No obstante lo dispuesto en los Artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma.»*

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

«ARTÍCULO 5º. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de periodo fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación. [...]

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

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

[...]

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

[...]

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración 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 protección y seguridad personales de los servidores públicos. [...]

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

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, los Artículos 1 y 2 de Decreto 1848 de 1969, señalan:

"ARTÍCULO 1º.- Empleados oficiales. Definiciones.

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

2. Los empleados oficiales pueden estar vinculados a la administración pública nacional por una relación 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 relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral.

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

ARTÍCULO 2º.- Empleados públicos. 1. Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, son empleados públicos.

Inciso 2º.- Declarado nulo por el Consejo de Estado. Sentencia del 16 de julio de 1971, LXXXI, números 431, 432, p. 79. (Ver Artículo 123 y ss. de la Constitución Nacional).

Para determinar quiénes tienen la calidad de trabajadores oficiales es pertinente citar el pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral M :P Isaura Vargas Díaz Radicación No 27883 del 6 de febrero de 2007 (...)"

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 renumerar 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»

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 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, por tal razón, si 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. Por el contrario, si la vinculación se hizo a través de una relación contractual, pero el cargo y las funciones desempeñadas son propias de las de un empleado público, esta es su calidad.

Así las cosas las actuaciones que lleve a cabo cada entidad para efectuar el ajuste en la clasificación de un empleo, debe tener como único 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 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» (Corte Suprema Radicado No. 27883 del 6 de febrero de 2007).

Ahora bien, en su consulta usted menciona como ejemplo el de un trabajador que fue vinculado como empleado pero que realiza actividades operativas y de manejo de vehículos, por lo que en su criterio debería ser trabajador oficial y haberse vinculado mediante contrato de trabajo.

Sobre el particular, es importante señalar que además de lo antes señalado, la entidad también deberá tener en cuenta la naturaleza de las funciones y la clasificación del empleo de conformidad con lo señalado en el Decreto 785 de 2005, si se trata de una entidad del orden territorial y en el Decreto 770 de 2005 para entidades del orden nacional.

De acuerdo con el Decreto 785 de 2005, *"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"*, el cargo de operario, señalado en su consulta, está incluido dentro de la nomenclatura establecida para la categoría de empleos de nivel asistencial, clasificado como de carrera administrativa. Así, el Artículo 20 del Decreto en mención, establece:

"ARTÍCULO 20. Nivel Asistencial. El Nivel Asistencial está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:

Cód.	Denominación del empleo
(...)	
480	Conductor
482	Conductor Mecánico"

(...)"

El citado Decreto 785 de 2005 establece dentro de la nomenclatura de los empleos públicos del nivel territorial la denominación de conductor; razón por la cual, es necesario que la entidad realice un análisis funcional del empleo que menciona en su consulta, con el fin de determinar si tiene dentro de sus funciones la construcción y/o sostenimiento de obras públicas y, en consecuencia, se enmarcaría dentro de la clasificación de trabajadores oficiales, o si por el contrario corresponde a un empleo público.

De conformidad con lo anterior, y atendiendo a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que, es la unidad de personal o quien haga sus veces en virtud de sus competencias quien deberá verificar los criterios contemplados en la norma y que han sido indicados y a partir de allí establecer si se trata de un empleo considerado de carrera administrativa, o un trabajador oficial, por lo que será la entidad empleadora quien estudie las circunstancias de la vinculación del servidor público y tome las determinaciones que permitan dar solución al caso.

En todo caso, si la unidad de personal, luego de realizar dicho análisis determina que el empleo del que trata su consulta pertenece a la clasificación de trabajador oficial y fue vinculado como empleado público, esto es mediante vinculación legal y reglamentaria, la Entidad deberá determinar si procede la revocatoria del acto administrativo de nombramiento y posteriormente celebrar el contrato de trabajo correspondiente.

Es necesario aclarar que en este caso, no existe un acuerdo de voluntades, sino que en cumplimiento por las normas, la Entidad de manera unilateral deberá dar por terminado el nombramiento que se realizó de manera equivocada por la administración, por lo que en ese sentido tampoco procede la figura de no solución de continuidad, es decir que una vez terminada la vinculación legal deberá celebrarse un nuevo contrato laboral que no se regula a través del mismo régimen laboral y prestacional, por lo que se inicia un nuevo conteo de conformidad con las nuevas condiciones del contrato.

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

Proyecto Ma. Camila Bonilla G.

Reviso: Jose F Ceballos

Aprobó: Armando Lopez C

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:25:40