



Concepto 334761 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000334761

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000334761

Fecha: 07/10/2021 02:42:43 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: TRABAJADORES OFICIALES - Régimen legal aplicable. Funciones. Empleados Públicos. Radicado: 20212060596522 del 25 de agosto de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual eleva los siguientes interrogantes relacionados con algunas situaciones que se presentan en una Empresa Social del Estado, a saber:

"1). Un empleado que se encuentra nombrado en el cargo de auxiliar de Servicios Generales el 20 de abril de 2002 (trabajador oficial) el cual se desempeñó hasta el día 26 de enero de 2015 fecha en la cual fue trasladado al Servicio de Farmacia por orden del Dr. José Willy Castañeda Pedraza Subgerente Administrativo hasta la fecha, a ejercer funciones de facturación, inventarios, y todas las funciones relacionadas a un auxiliar de farmacia. (es de aclarar que, desde la fecha de vinculación a tenido contrato de trabajo como trabajador oficial, pero ejerciendo funciones de un auxiliar de enfermería).

2). Una empleada que fue nombrada el 1 de Diciembre de 2003 en el área de Auxiliar de Servicios Generales (trabajador oficial), para el 29 de enero de 2009 se notificó mediante oficio se le ordenó desempeñar funciones de Atención al Usuario, posterior a eso el día de 2 de junio de 2009 mediante oficio se le comunica que debe desempeñar funciones en el servicio de central de citas, el 3 de julio de 2015 nuevamente se comunica mediante oficio que debe desempeñar sus funciones en la oficina de atención al usuario y por último para el 31 de octubre de 2016 mediante oficio se notifica para realizar funciones de facturación y asignación de citas en el área de consulta externa donde actualmente se encuentra. (es de aclarar que, desde la fecha de vinculación a tenido contrato de trabajo como trabajador oficial, pero ejerciendo funciones de un auxiliar administrativo).

3). Un empleado que fue nombrado el 1 de octubre de 2012, revisando el Historial de Hoja de Vida no se evidencia ningún acto administrativo justificando el traslado de la oficina de Referencia y Contra referencia donde esta desempeñando las actividades actualmente, (es de aclarar que, desde la fecha de vinculación a tenido contrato de trabajo como trabajador oficial, pero ejerciendo funciones de un auxiliar administrativo).

4). Un empleado que fue nombrado el 3 de junio de 2008, ingresa desempeñando funciones como portero, después paso a lavandería y por último se encuentra cumpliendo funciones como camillero desde hace aproximadamente 7 años. (es de aclarar que, desde la fecha de vinculación a tenido contrato de trabajo como trabajador oficial, pero ejerciendo funciones como de auxiliar de enfermería).

5). Un empleado que fue nombrado el 28 de julio de 2004 en el cargo de auxiliar de servicios generales (trabajador oficial) en la portería de nuestra institución, el cual se desempeñó hasta el 31 de diciembre de 2013 fecha en la cual fue trasladado para desempeñar sus labores en el área de mantenimiento hasta el 31 de julio de 2014, posterior a esto fue designado de manera verbal al parea de facturación en el cual se desempeñó desde agosto de 2014 hasta el 31 de marzo de 2015. Luego a esto fue trasladado a ejercer la dirección del área de mantenimiento hasta el 31 de agosto de 2019 donde fue devuelto al área de correspondencia y en la actualidad se desempeña en dicha área ejerciendo funciones de auxiliar administrativo (es de aclarar que, desde la fecha de vinculación a tenido contrato de trabajo como trabajador oficial, pero ejerciendo funciones de auxiliar administrativo).

6). Un empleado que fue nombrado el día 5 de julio de 2002 en el cargo de auxiliar de servicios generales (trabajador oficial) el cual se desempeñó hasta el día 3 de abril de 2008 fecha en la cual fue designado para ejercer funciones de portería, posterior a esto fue designado de manera verbal a ejercer funciones como conductor de ambulancia funciones que ejerció hasta el 17 de marzo de 2017, fecha en la cual fue traslado nuevamente al área de portería ejerciendo sus funciones hasta el día 24 de abril de la misma anualidad fecha en la cual fue nuevamente trasladado al área de mantenimiento funciones que ejerció hasta el 1 de abril 2019 cuando fue designado al área de impresos y mensajería de la ESA ÁREA de trabajo en el cual se encuentra actualmente, (es de aclarar que, desde la fecha de vinculación a tenido contrato de trabajo como trabajador oficial, pero ejerciendo funciones de auxiliar administrativo)."

Me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, el Artículo 123 y 125 de la Constitución Política de Colombia respectivamente, consagran lo siguiente:

"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". (...)

ARTICULO 125. (...) 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.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción".
(Subrayado fuera de texto original)

En ese sentido, con relación al régimen aplicable a los empleados de las Empresas Sociales del Estado, la Ley 100 de 1993¹, en su Artículo 194 establece su naturaleza como aquellas que cumplen con la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por los entes territoriales de forma principal, y su constitución tienen un carácter especial de entidad pública descentralizada, adjudicando su creación por la Ley, las Asambleas Departamentales o Consejos Municipales.

El Artículo subsiguiente de la misma ley, frente al Régimen Jurídico aplicable a este tipo de Empresas del Estado, dispuso:

"ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

"(...)

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990. (...)" (Subrayado fuera del texto original)

En consecuencia, las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales.

Ahora bien, con respecto a los empleos que referencia en su consulta, es preciso abordar lo dispuesto en el Artículo 3º del Decreto Ley 785 de 2005², a saber:

"ARTÍCULO 3º. Niveles jerárquicos de los empleos. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial." (Subrayado fuera del texto original)

A su vez, en el mismo estatuto se dispuso lo siguiente, a saber:

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

Cód.	Denominación del empleo
407	Auxiliar Administrativo

ARTÍCULO 21. DE LAS EQUIVALENCIAS DE EMPLEOS. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Para efectos de lo aquí ordenado, fíjense las siguientes equivalencias de los empleos de que trata el Decreto 1569 de 1998, así:

Nivel Administrativo, Auxiliar y Operativo
555 Auxiliar de Enfermería

Nivel Asistencial
412 Auxiliar Área Salud

En consecuencia, teniendo en cuenta las situaciones que usted relaciona en su consulta, el personal se encuentra desempeñándose en empleos del nivel asistencial de carrera administrativa, y deberán proveerse de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1298 de 1994³, que consagra lo siguiente con respecto a estos empleos pertenecientes a las entidades descentralizadas que prestan servicios de salud, a saber:

"ARTÍCULO 675. CARRERA ADMINISTRATIVA. La Carrera Administrativa para los organismos y entidades que se señalan en el presente Libro, tiene como fin mejorar la eficacia de la administración y ofrecer igualdad de oportunidades para el ascenso al servicio, la estabilidad en el empleo y la posibilidad de ascender en la Carrera, conforme a las normas del estatuto y su reglamento.

A los empleos de carrera administrativa de la nación, de las entidades territoriales, y de las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo, para la organización, administración y prestación de los servicios de salud, se aplicará el régimen previsto en las Leyes 61 de 1987, 27 de 1992 y, en el Decreto 694 de 1975, incluidas las normas sobre calificación de servicios, en cuanto sea compatible con dicha Ley y con lo previsto en el presente Estatuto.

Sin embargo, el Consejo Superior del Servicio Civil, el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio de Salud, podrán delegar las funciones correspondientes, que sean indispensables, en las autoridades que, para el efecto, determinen las entidades territoriales.

A los empleados de las entidades territoriales o de sus entes descentralizados que se encuentren desempeñando un cargo de carrera, sin estar

inscritos en la misma, se les aplicará lo dispuesto en los Artículos 5º y 6º, de la Ley 61 de 1987, pero, se podrán tener en cuenta, además del manual general de funciones que para el sector salud expida el Gobierno Nacional, los manuales específicos de cada entidad.

PARÁGRAFO. *Todas las autoridades nominadoras son responsables de la aplicación del régimen de carrera administrativa, so pena de incurrir en causal de mala conducta. En caso de que las entidades públicas sean condenadas, y la sentencia considere que el funcionario, autor de los actos, debe responder en todo, o en parte, la administración podrá repetir contra él, en los términos previstos en el Artículo 78 del Código Contencioso Administrativo.*” (Subrayado fuera del texto original)

Asimismo, el Artículo subsiguiente del mismo decreto dispuso:

“ARTÍCULO 676. CONCURSOS. Para la provisión de los empleos de carrera del sector salud se utilizarán dos tipos de concurso, así:

a) *Concurso abierto, es decir, aquel en el cual, pueda participar cualquier persona que cumpla con los requisitos mínimos, siempre que se presente una vacante en un cargo de carrera. Sin embargo, tendrán prelación los empleados ya inscritos en carrera en cualquier entidad del sector salud, quienes podrán, además, convalidar su calificación de servicios por puntaje, en los términos que determine el reglamento, siempre y cuando se observe lo ordenado en el Artículo 76 Decreto 694 de 1975.*

b) *Concurso cerrado, o sea, limitado a los empleados inscritos en carrera de la entidad de que se trate, para la promoción, dentro de grados de un mismo cargo o categoría, caso en el cual se podrá aceptar como puntaje exclusivamente la calificación de servicios. El concurso para ascenso de grado dentro de un mismo cargo o categoría de empleo no genera vacante en los grados inferiores.*

PARÁGRAFO. *Los empleados de carrera que obtengan las mejores calificaciones de servicios, gozarán de un régimen especial de estímulos definidos en el reglamento, en el que se observará especial atención a la capacitación y el desarrollo a este personal.”*

A partir de los preceptos normativos transcritos, se tiene entonces que en los organismos y entidades del sector salud, la carrera administrativa tendrá como finalidad el mejorar la eficacia de la administración y ofrecer igualdad de oportunidades para el ascenso al servicio, la estabilidad en el empleo y la posibilidad de ascender en la carrera, de conformidad a las normas del estatuto y su reglamento, en donde todas las autoridades nominadoras son responsables de dar aplicación a este régimen de carrera administrativa mencionada, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

De acuerdo a este deber que se endilga a las entidades u organismos que prestan servicios de salud, para el caso en concreto, a las Empresas Sociales del Estado, la provisión de los empleos de carrera vacantes se realizará por medio de dos tipos de concurso, el concurso abierto, en el cual podrá participar cualquier persona que cumpla con los requisitos mínimos para su desempeño, contando con prelación los empleados ya inscritos en el Registro Público de Carrera Administrativa, o por medio de concurso cerrado o limitado, en el cual solo podrán participar los empleados inscritos en carrera, caso en el cual se podrá aceptar como puntaje exclusivamente la calificación de servicios.

Entretanto, y teniendo claro que estos empleos de auxiliar de enfermería y de auxiliar administrativo deben proveerse mediante el mérito por ser de carrera administrativa, es importante advertir la diferencia existente entre los trabajadores oficiales y empleados públicos, para que en el caso particular que se presenta en esta Empresa Social del Estado pueda determinarse el régimen de su vinculación.

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el Artículo 5º del Decreto 3135 de 1968⁵, dispone:

“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 construcción 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). (...)”

En el mismo sentido, el Decreto 1083 de 2015⁶, en relación con el régimen aplicable a los empleados públicos dispuso:

"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." (Subrayado fuera del texto original)

Así entonces, tenemos que los tipos de vinculación de los servidores públicos con la administración pública son:

Por un lado, el de los empleados públicos, los cuales se vinculan con la administración mediante un acto administrativo de nombramiento, precedido de la respectiva acta de posesión, por otro, el de los trabajadores oficiales, quienes se rigen por una relación contractual, en el cual suscriben contrato laboral de trabajo que contiene las condiciones de la relación. El régimen prestacional y laboral de estos trabajadores oficiales se encuentra contenido en el contrato de trabajo, en la convención colectiva, pacto colectivo, reglamento interno del trabajo, si los hubiere, y lo que no estuviere dispuesto en estos instrumentos, se acudirá a lo preceptuado en la Ley 6° de 1945 y el Decreto 1083 de 2015.

Con todo lo anterior, y para dar respuesta a su tema objeto de consulta, en cuanto a las inconsistencias del tipo de vinculación de los trabajadores oficiales que ejercen empleos públicos del nivel asistencial, es importante abordar sentencia⁷ proferida por la Corte Suprema de Justicia en la cual consideró lo siguiente:

"(...) 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." (Subrayado fuera del texto original)

A partir de los anteriores consideraciones de la Corte, se encuentran algunos criterios en los cuales se debe clasificar a los servidores públicos, primeramente, el factor orgánico el cual se encuentra relacionado con la naturaleza jurídica de la entidad para la cual estos laboran, y por otro lado, el funcional, que es aquel relativo a la actividad en la cual se desempeñan; para así constatar que en aquellos eventos en donde se enmarcan en la categoría de trabajadores oficiales, estos debieron cumplir funciones relacionadas con la construcción y sostenimiento de obras públicas.

En consecuencia, como quiera 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 las actividades y funciones que realiza, en aquellos casos en que se evidencie que 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. Caso contrario, si la vinculación se materializó a través de la suscripción de un contrato laboral, pero el cargo y las funciones desempeñadas son propias de las de un empleado público, para lo cual esta última será su calidad.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia⁸ se pronunció en los siguientes términos, a saber:

"(...)5.3 De otra parte, la jurisprudencia de esta Corte ha puesto de relieve importantes diferencias en el tratamiento constitucional respecto de la relación laboral ordinaria y la vinculación contractual con el Estado, ya que la Constitución reconoce una amplia protección a esta última, y así mismo ha recalcado en múltiples oportunidades las diferencias entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, de tal manera que estas dos formas no pueden ser de ninguna manera asimilables debido a sus alcances y finalidades disímiles.

Así el contrato laboral o de trabajo se caracteriza por una serie de requisitos legales, tales como la prestación personal de un servicio, bajo condiciones de dependencia y sujeción o subordinación, con una contraprestación remunerativa, de manera que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que independientemente de la forma y nombre que se le dé a ese contrato, prima la realidad sustancial o criterio material sobre la forma que adquiera dicho contrato." (Subrayado fuera del texto original)

Así las cosas, y para dar respuesta a su consulta, por el distinto tratamiento existente para los trabajadores oficiales y empleados públicos, esto es la relación laboral ordinaria (legal y reglamentaria) y la vinculación contractual respectivamente, independientemente de la forma y nombre que se le dé, prima la realidad sustancial o criterio material sobre la forma, es por esto que, si bien algunos trabajadores fueron vinculados mediante contrato laboral, su naturaleza jurídica es aquella en la cual desempeñan sus funciones, toda vez que como relaciona en su consulta, estos trabajadores entraron a ejercer actividades que los situaba en la categoría de trabajadores oficiales, y posteriormente estos fueron trasladados a los empleos de auxiliar administrativo y auxiliar de enfermería, movimientos de personal⁹ que son propios de los empleados públicos.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, la Empresa Social del Estado deberá verificar la calidad de este personal teniendo en cuenta las funciones en las cuales se desempeñan en la actualidad y realizar las gestiones que considere pertinentes con el fin de vincular en debida

forma a quienes prestan sus servicios a la entidad.

Finalmente, para más 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: Valeria B.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones."*

2. *"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."*

3. *"Por el cual se expide el estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud."*

4. *"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."*

5. *Único reglamentario del sector función pública"*

6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 6 de febrero de 2007, Radicación No27883, Consejero Ponente: Isaura Vargas Díaz.

7. Corte Constitucional, Sala Plena, 07 de marzo de 2012, Referencia: expediente D-8666, Consejero Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

8. ARTÍCULO 2.2.5.4.2 del Decreto 1083 de 2015.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:27:43