



Concepto 207051 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000207051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000207051

Fecha: 02/06/2020 09:45:05 a.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Provisión. Calidad de un servidor público en establecimiento público del nivel territorial. RAD. 20209000193252 del 19 de mayo de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si un establecimiento público puede contratar a una secretaria como Trabajador que se rige por el derecho privado, y si es así, como se debe proceder a su vinculación: mediante un contrato a término fijo o es una vinculación como un periodo de libre nombramiento y remoción; así mismo consulta si el pago de las prestaciones sociales, se liquidarán conforme al sector privado, aclarando que la Casa de Reposo, es un asilo para adultos mayores, sus ingresos corresponden a un porcentaje de estampilla adulto mayor que gira el Municipio de Girardot, unas rentas por arriendo y cuotas de sostenimiento de particulares, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con lo prescrito en el artículo [123](#) de la Constitución Política, el término “*servidor público*” es genérico, el cual engloba varias especies, entre las cuales se encuentran los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

Los empleados públicos son los servidores cuya vinculación se formaliza a través del acto de nombramiento y la posesión. Su relación laboral se encuentra establecida por la ley o por reglamentos. Los requisitos, funciones, jornada laboral, remuneración y prestaciones, situaciones administrativas, evaluación de desempeño, bienestar, estímulos, capacitación, causales de retiro y responsabilidad disciplinaria se encuentran determinados en el manual de funciones o en la ley.

El empleado público puede ser de carrera administrativa, de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo o temporal.

De carrera administrativa. Esta es la regla general y la provisión definitiva de estos empleos se realiza a través de un nombramiento en período de prueba, una vez el servidor ha superado un concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil; de manera transitoria, el empleo puede proveerse mediante nombramiento provisional, mientras se adelanta el respectivo concurso o el empleo se encuentra temporalmente vacante.

De libre nombramiento y remoción, cuya provisión y retiro se efectúan en virtud de la facultad discrecional del nominador para proveer los empleos señalados en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004:

“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 período 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:

(...)

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

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:

(...)

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

- 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.
- e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;
- f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.”

De periodo fijo, los clasificados en la Constitución o en la ley con esta naturaleza, como son el Personero, el Contralor, el Director de Empresa Social del Estado.

Temporales. Estos empleos se crean para cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración.

En cuanto al régimen prestacional de los empleados públicos del nivel territorial, a partir de la vigencia del Decreto 1919 de 2002, todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administrativas Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Públicos del Orden Nacional.

De otro lado, los trabajadores oficiales son aquellos servidores vinculados mediante un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, entre otros aspectos. Los pactos y convenciones colectivas, el reglamento interno de trabajo, los laudos arbitrales, hacen parte del contrato de trabajo.

El Decreto 3135 de 1968, en su artículo 5º, define quienes son considerados empleados públicos y trabajadores oficiales, de la siguiente manera: *“Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.*

Las personas que presten 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.” (Se subraya).

Con el fin de conocer el alcance de los términos “construcción” y “sostenimiento” de obras públicas, a que hacen referencia las normas mencionadas, tenemos que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la CONSTRUCCIÓN como la realización y ejecución, creación, edificación o reconstrucción de obra.

El Doctor Pedro A Lamprea, en su libro *“Práctica Administrativa”* Tomo I realiza un estudio detallado del concepto de construcción y mantenimiento de obra pública resumiéndose así:

Dice el autor que la *“construcción consiste en la agregación de materiales cuyo resultado es una edificación y que las actividades de mantenimiento van encaminadas a realizar todos los actos indispensables para evitar la pérdida o deterioro del bien.”*

“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 su ser para que se halle en vigor y permanencia.”

Es de advertir que el mantenimiento o construcción de obra pública está referida a un bien inmueble, como serían, por ejemplo, las vías del municipio; así se deduce de la definición de contrato de obra pública que trae la Ley 80 de 1993, cuando dice que son aquellos que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualesquiera sean la modalidad y el pago.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, en relación con la OBRA PÚBLICA, expresa:

“OBRA PÚBLICA es la de interés general y destinada al uso público; como las carreteras, los puertos, los ferrocarriles, aeródromos, canales, pavimentación de calles, puentes u otras muchas. Además, todo trabajo de conservación de las existentes y de las de simple ornato general. La iniciativa y el costo de las obras públicas corresponden a la Administración en todos sus grados, desde el Estado al municipio; aunque incumben al poder ejecutivo central todas la que por intereses generales o elevado presupuesto, requieren tal iniciativa o financiación.

La regulación de la vinculación como trabajador oficial se encuentra prevista en la Ley 6 de 1945, la Ley 10 de 1990 y el Título 30 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015.

Los trabajadores se vinculan a la Administración mediante un contrato de trabajo según las normas del Código Sustantivo de Trabajo. Tienen la posibilidad de discutir las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, entre otros aspectos. Los pactos y convenciones colectivas, el reglamento interno de trabajo, los laudos arbitrales, hacen parte del contrato de trabajo. Son la regla general en las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios en el orden Nacional y Territorial.

Ahora bien, de acuerdo con el Acuerdo 01 de 2014, emitido por la Junta Directiva del Establecimiento Público “La Casa de Reposo – Ancianato de Girardot”, esta entidad es *“... un Establecimiento Público del Nivel Departamental, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio, adscrita a la Gobernación de Cundinamarca en control del (sic) Tutela.”* (artículo 2°)

En el citado Acuerdo, artículo 8°, determinó:

“ARTICULO 8. RÉGIMEN DE PESONAL. Los Trabajadores de LA CASA DE REPOSO – ANCIANATO DE GIRARDOT serán servidores públicos (Empleados Públicos o Trabajadores Oficiales) y el régimen aplicable será, en cuanto al régimen salarial y prestacional, lo establecido para estos en los niveles territoriales.”

De acuerdo con lo expuesto, en la Casa de Reposo – Ancianato de Girardot, como establecimiento público que es y, siguiendo los lineamientos legales expuestos, sus servidores tienen la calidad de empleados públicos. Solo quienes trabajan en construcción y sostenimiento de obras públicas serán trabajadores oficiales.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que una secretaria de esa entidad, tiene la calidad de empleada pública, pues no ejerce funciones de construcción y/o sostenimiento de obra pública, que es la excepción a la regla. Por lo tanto, deberá vincularse mediante una relación legal y reglamentaria, vale decir, mediante nombramiento. El consultante deberá verificar, de acuerdo con las normas expuestas en el cuerpo del concepto, si se trata de un empleado de libre nombramiento y remoción o uno de carrera. En vía de ejemplo, si el cargo de secretario objeto de la consulta, está adscrito al despacho del Director, será de libre nombramiento y remoción. Si se encuentra en otra dependencia, será de carrera administrativa. En el primer caso se efectuará un nombramiento ordinario y en el segundo, el cargo deberá ser provisto mediante concurso. En

cuanto a sus prestaciones sociales, serán las establecidas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Públicos del Orden Nacional.

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": <http://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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:49:47