



Función Pública

Concepto 072531 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000072531

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000072531

Fecha: 01/03/2021 10:31:10 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO - NATURALEZA DEL EMPLEO ¿Se puede unificar los tiempos de servicio de un nombramiento en provisional y un contrato de trabajo? Radicación No. 20212060066392 y 20212060066402 del 08 de febrero de 2021.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si se puede unificar los tiempos de servicio de un nombramiento en provisional y un contrato de trabajo, me permito informarle que:

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.

A continuación, me permito indicarle las diferencias entre trabajador oficial y empleado público, con el fin de que usted determine las ventajas en cada uno:

En primer lugar, resulta del caso hacer claridad frente al concepto de servidor público, para lo cual es pertinente acudir a lo dispuesto la Constitución Política de Colombia que establece 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. 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.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

(...)”

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.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en su concepto 855 de 1996¹, definió al servidor público así:

“Servidores públicos es un concepto genérico que emplea la Constitución Política para comprender a los miembros de las corporaciones públicas y a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; todos ellos están "al servicio del Estado y de la comunidad" y deben ejercer sus funciones "en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento".”

Frente a la noción de empleado público, se tiene que es una clase de servidor público que se vincula a la administración mediante una modalidad legal o reglamentaria y el acto se concreta en el nombramiento y la posesión. En esta modalidad el régimen del servicio está previamente determinado en la ley; por regla general el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro se rigen, por regla general, por el sistema de carrera administrativa.

Los trabajadores oficiales se vinculan con la administración por medio de la celebración de un contrato de trabajo, y de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 2.2.30.3.5 del Decreto 1083 de 2015 en todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes, las cláusulas de las convenciones colectivas o fallos arbitrales respectivos, y las normas del reglamento interno de la empresa, las cuales, por otra parte, sustituyen de derecho las estipulaciones del contrato individual, en cuanto fueren más favorables para el trabajador, y en lo no previsto en ellos, por lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945 y el mencionado decreto.

Para mayor ilustración, a continuación, se enunciarán las principales diferencias existentes entre un Empleado Público y un Trabajador Oficial:

- 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 (D.L. 3135/68)

- 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.

- Con respecto al tema de fuero sindical, es importante señalar que el Artículo 39 de la Constitución Política no hace diferenciación en esta materia y extiende este derecho a empleados y trabajadores. Según la Ley 362 de 1997, "Por la cual se modifica el Artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y se dictan normas sobre competencia en materia laboral", la jurisdicción del trabajo conoce, entre otros, de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores particulares y oficiales y del que corresponde a los empleados públicos.

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, tiene la calidad de empleado público y su régimen legal será el establecido en las normas para empleados públicos.

Efectuadas las anteriores precisiones, resulta del casos hacer alusión a las prestaciones sociales para los servidores públicos vinculadas a las entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, para lo cual se tiene que el Decreto 1919 de 2002¹, en su Artículo 1º, que a partir de su vigencia, 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 Público del Orden Nacional.

Así mismo, dispone el Artículo 4º del citado decreto, que dichas prestaciones sociales serán el mínimo de derechos consagrados para los trabajadores oficiales, las cuales podrán ser mejoradas en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el reglamento interno de trabajo.

En cuanto al régimen salarial de los empleados públicos que prestan sus servicios en una entidad del nivel territorial, éste está constituido por la asignación básica, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, auxilio de transporte, subsidio de alimentación y viáticos.

Conforme a lo anterior, y de acuerdo con lo planteado en su escrito la entidad debió liquidar las prestaciones sociales al momento de terminar el nombramiento en provisionalidad, por cuanto para ese momento lo regía una relación legal y reglamentaria. Una vez se suscribió el correspondiente contrato de trabajo, y se inició un nuevo conteo el cual se debió regir por las cláusulas señaladas en el mismo.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, no es procedente computar los tiempos de servicios de la provisionalidad y el contrato de trabajo, ya que son relaciones totalmente diferentes y en consecuencia las prestaciones del nombramiento en provisionalidad se debieron liquidar en el momento en que se dio por terminado el mismo y no deberán ser tenidas en cuenta en la liquidación del contrato de trabajo.

-
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: Sandra Barriga Moreno

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:50:52