



# Concepto 054861 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000054861\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000054861

Fecha: 01/02/2022 03:13:56 p.m.

Bogotá

Ref.: EMPLEOS - NATURALEZA JURÍDICA. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los instructores del SENA? Radicado 20212060765552 del 28 de diciembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta sobre la naturaleza jurídica de los instructores del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, me permito informarle lo siguiente:

Inicialmente, se considera importante tener en cuenta que conforme establecido en el Decreto 430 de 2016<sup>1</sup>, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa

Por consiguiente, carece de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales las entidades públicas vinculan a sus servidores o para reconocer derechos, tampoco somos organismos de control, del mismo modo no se evidencia una entidad u organismo que brinde orientación puntual sobre el tema consultado, por lo que será el área jurídica de la respectiva entidad la facultada para tomar las determinaciones frente al tema; no obstante, a manera de orientación general en relación con la naturaleza de la vinculación de los servidores públicos, le comunico:

En primer lugar, deben precisarse las diferencias entre los trabajadores oficiales y los empleados públicos, para que en el caso en particular se pueda determinar el 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<sup>2</sup>, 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 Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

(En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo). (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE mediante Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional

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 públicos". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

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

**EMPLEADOS PÚBLICOS:** 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 6ª 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<sup>3</sup>, al Decreto 1083 de 2015<sup>4</sup> 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.

De acuerdo con lo señalado, tenemos que el Decreto 1083 de 2015<sup>5</sup>, 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<sup>6</sup>, 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 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:*

*(...)*

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<sup>7</sup>, 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.*

*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”.*

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 hermeneúico 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 reenumerar 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» (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

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 del 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).

Por lo tanto, 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.

De acuerdo con lo señalado nos permitimos transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

1. ¿A la luz del Decreto Ley 3135 de 1968 Artículo 5 y el Artículo 1 numeral 3 del Decreto 1848 de 1969 que régimen debe aplicarse a los CONTRATISTAS INSTRUCTORES SENA- vinculados a la entidad bajo una relación legal y reglamentaria, siendo el SENA es un establecimiento público del nivel nacional que realiza la convocatoria, selección, vinculación, actividades, seguimiento y control soportado en leyes especiales?

Respuesta: tal como se señaló a lo largo del presente escrito, la naturaleza de los servidores públicos es un tema de reserva de Ley, por lo que, en caso de cumplirse las condiciones que las normas expresamente prevén y teniendo en cuenta los criterios orientadores de las Altas Cortes, un servidor será clasificado como empleado público o como trabajador oficial, independientemente del acto administrativo mediante el cual se vincule.

2. De acuerdo a la naturaleza de la labor desplegada por el Instructor y a la Luz del Decreto 1083 de 2015 Artículo 2.2.30.2.4 ¿Son los INSTRUCTORES SENA vinculados a través del Contrato de Prestación de servicios sujetos que desarrollan actividades de construcción o sostenimiento de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se explotan con fines de lucro?

Respuesta: 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 del 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).

Por lo tanto, 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.

3. De ser afirmativa la respuesta a la consulta del punto inmediatamente anterior; ¿Qué régimen debe aplicársele; el del empleado oficial público o el del contratista de Contrato de Prestación de Servicios que consagra la Ley 80 de 1993?

Respuesta: Se reitera lo señalado en el punto anterior, de tal forma que, corresponderá a la entidad, en ejercicio de su autonomía administrativa, definir el régimen de administración de su personal, así como la necesidad de vincular personal a través de contratos de prestación de servicios.

Por último, me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública".
2. "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."
3. "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo."
4. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública".
5. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública".
6. "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público la carrera administrativa, gerencia publica y se dictan otras disposiciones".
7. Derogado parcialmente por el Decreto 1083 de 2015 "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968."

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:21:59