



Concepto 385471 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000385471

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000385471

Fecha: 19/10/2022 03:25:39 p.m.

Bogotá D.C

Referencia: EMPLEO. Naturaleza del Cargo. Radicación: 20222060481692 del 16 de septiembre de 2022.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual plantea y consulta lo siguiente:

a) En el municipio de Simijaca - Cundinamarca, existen unos empleados que ejecutan labores de sostenimiento, construcción y mantenimiento de obra pública, desde hace varios años, desde dichos años (10, 12, 15 y 20 años), fueron vinculados legal y reglamentariamente, quienes luego del trámite correspondiente por la Ley 909 de 2004, habiendo concursando para ser vinculados por carrera administrativa y expidiéndoseles el acto administrativo correspondiente, a pesar de ser trabajadores oficiales.

b) En el año 2021, el municipio de Simijaca - Cund, realizó una restructuración administrativa que dio lugar a que dentro de la estructura administrativa del municipio, estos trabajadores, por el ejercicio de su función y actividad, deben ser incorporados a la planta como trabajadores oficiales, mediante la celebración de un contrato de trabajo como ordena la Ley.

c) Como quiera que la vinculación de los mismos a la fecha está mediante acto administrativo más la posesión, siendo que deben estar vinculados a través de un contrato de trabajo, e interrogante que hay y en eso consiste la presente solicitud, es que me indiquen qué trámite se debe realizar para legalizar a estos empleados.

d) Cabe mencionar que en la Comisión Nacional del Servicio Civil, estos empleados están inscritos como empleados de carrera, y a quienes se les ha venido dado el tratamiento de empleados públicos, qué trámite debe hacerse ante esta entidad, para desvincularlos, como empleados de carrera.

e) ¿Como quiera que estos empleados tienen actos administrativos en donde se les reconoce el derecho de empleados de carrera, estos deben autorizar la revocatoria de estos actos administrativos, o simplemente, con la expedición del acto administrativo, por medio del cual, se haga la incorporación de estos empleados a ser trabajadores oficiales es suficiente?

f) ¿La Comisión Nacional del Servicio Civil, debe expedir algún acto administrativo, mediante el cual haga el retiro de estos empleados?

g) ¿Teniendo en cuenta el artículo 53 de la Constitución Política, que establece como principio laboral, la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, se pueden entender los actos administrativos de vinculación de estos empleados, como contratos a término indefinido?

h) Qué autoridad es competente, para conocer el presente asunto, si se quisiera adelantar una conciliación extrajudicial, ante una Inspección de Trabajo o ante la Procuraduría Judicial Administrativa, tendiente a legalizar la vinculación de estos trabajadores?

En primer lugar es necesario precisar que de conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no

le corresponde la valoración de los casos particulares, carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república.

Para abordar su consulta, será necesario precisar 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 Decreto Ley 3135 de 1968, establece:

“ARTÍCULO 5. *Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales.* 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 qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Nota: (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. Subrayado declarado exequible”.

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.

Ahora bien, el Decreto 1083 de 2015, previamente referido 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, establece:

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

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. (...)

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 dicha Ley, 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, disponen:

“ARTÍCULO 1.- Empleados oficiales. Definiciones.

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 5,6y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968.

Los empleados oficiales pueden estar vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo.

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 2.- 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 2.- 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).

Frente al tema consultado, conviene indicar los criterios que según la jurisprudencia son los que permiten concluir la calidad de trabajador oficial expuestos por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 21403 del 19 de marzo de 2004, así:

“... 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 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»

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.

De conformidad con lo anterior y teniendo como precepto la información relacionada en su comunicación, al determinarse que los empleos sobre los que trata su consulta corresponden a la clasificación de trabajador oficial y su vinculación corresponde a la de empleado público, (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.

En todo caso, deberá tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015, que sobre las causales de retiro establece:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.1. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce

por:

(...)

4) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez.

(...)

11) Supresión del empleo.

(...)”.

Para el caso en estudio, la Supresión del empleo corresponde a una causal de retiro del servicio valida en nuestro ordenamiento, sin embargo, respecto de los derechos del empleado de carrera administrativa y su indemnización en caso de supresión del cargo, el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, dispone:

“ARTÍCULO 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización”. (subraya nuestra)

De conformidad con el marco legal anterior, se responde cada uno de sus interrogantes así:

Como quiera que la vinculación de los mismos a la fecha está mediante acto administrativo más la posesión, siendo que deben estar vinculados a través de un contrato de trabajo, e interrogante que hay y en eso consiste la presente solicitud, es que me indiquen qué trámite se debe realizar para legalizar a estos empleados.

Frente al particular se indica que como quiera que los empleos objeto de consulta corresponden a trabajadores oficiales, será necesario precisar que la entidad deberá suprimir los empleos de conformidad con el procedimiento establecido para tal fin, y con ello retirar a los empleados, que ocupan los empleos y posteriormente los empleos que deban ser ocupados por trabajadores oficiales, se proveerán mediante contrato de trabajo.

“Cabe mencionar que, en la Comisión Nacional del Servicio Civil, estos empleados están inscritos como empleados de carrera, y a quienes se les ha venido dado el tratamiento de empleados públicos, qué trámite debe hacerse ante esta entidad, para desvincularlos, como empleados de carrera.”

Frente a este interrogante se reitera que la Supresión del empleo corresponde a una causal de retiro del servicio valida en nuestro ordenamiento, sin embargo, respecto de los derechos del empleado de carrera administrativa y su indemnización en caso de supresión del cargo, el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, dispone:

“ARTÍCULO 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización”. (subraya nuestra)

En consecuencia, una vez se suprima el empleo y se decida sobre los derechos de carrera administrativa, la entidad realizará las acciones que correspondan en la entidad respecto de los cargos (incorporación en empleo igual o equivalente o recibir indemnización), notificará a la comisión nacional del servicio civil para que realice el trámite a que haya lugar con el fin de actualizar el Registro Público de Carrera Administrativa.

¿Como quiera que estos empleados tienen actos administrativos en donde se les reconoce el derecho de empleados de carrera, estos deben autorizar la revocatoria de estos actos administrativos, o simplemente, con la expedición del acto administrativo, por medio del cual, se haga la incorporación de estos empleados a ser trabajadores oficiales es suficiente?

Como se indicó previamente al producirse la supresión del empleo, los empleados que ocupen los cargos objeto de consulta, deberán ser retirados y en caso de vincularse al empleo que se ajustó conforme a su naturaleza, la vinculación será mediante contrato de trabajo.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, debe expedir algún acto administrativo, ¿mediante el cual haga el retiro de estos empleados?

Frente al particular se reitera que el acto administrativo que retira por supresión, y determina si hay incorporación en empleo igual o equivalente o recibir indemnización, debe ser expedido por la entidad y notificado a la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el fin de actualizar el Registro Público de Carrera Administrativa.

¿Teniendo en cuenta el artículo 53 de la Constitución Política, que establece como principio laboral, la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, se pueden entender los actos administrativos de vinculación de estos empleados, como contratos a término indefinido?

Respecto de esta pregunta y dado que existe regulación frente al tema, será necesario ajustar la situación de conformidad con la normativa que se ha indicado.

¿Qué autoridad es competente, para conocer el presente asunto, si se quisiera adelantar una conciliación extrajudicial, ante una Inspección de Trabajo o ante la Procuraduría Judicial Administrativa, tendiente a legalizar la vinculación de estos trabajadores?

Frente a este interrogante, se debe indicar que frente al tema no procede conciliación extrajudicial, para regular la situación narrada en su escrito.

Finalmente, 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 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.

Atentamente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: Maia Valeria Borja.

Aprobó: Armando López Cortés.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

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.

Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.

Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:51:59