



Función Pública

Concepto 98281 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000098281

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000098281

Fecha: 23/07/2014 05:29:35 p.m.

Bogotá, D.C.,

REF: EMPLEO. Preguntas relacionadas con empleos nombrados en forma provisional, forma de acceder a cargos de carrera administrativa en una ESE. Cargos que pueden desempeñar los empleados temporales o contratados a través de órdenes de prestación de servicio. Reubicación laboral y procedimiento que se debe adelantar en procesos disciplinarios. Radicado: 20142060084462 del 10 de junio de 2014.

Con relación a los temas relacionados en el asunto de la referencia, me permito dar respuesta a los interrogantes formulados en el mismo orden en que fueron planteados:

1. ¿Cuál es la situación laboral de los empleados provisionales?

La Constitución Política al regular la naturaleza de los empleos públicos y su forma de provisión, dispone:

“ARTÍCULO 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.

(...)"

La Ley 909 de 2004, al desarrollar el artículo 125 de la Constitución Política y reglamentar el procedimiento para la provisión de los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, establece:

"ARTÍCULO 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley." (Subrayado fuera de texto)

"ARTÍCULO 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna." (Subrayado nuestro)

"ARTÍCULO 29. Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño."

De acuerdo con las disposiciones transcritas, los empleos de libre nombramiento y remoción se proveen mediante nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento legalmente establecido.

Los empleos de carrera administrativa se proveen mediante nombramiento en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas por el sistema de mérito, es decir, que el ingreso, el ascenso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos para su desempeño, garantizando la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

Ahora bien, las entidades del Estado por necesidades del servicio pueden proveer los empleos de carrera administrativa en forma transitoria, en cuyo caso deben aplicar el procedimiento señalado en las normas vigentes sobre la materia.

El procedimiento para proveer un empleo de carrera administrativa mediante la figura del encargo, está regulado en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, el artículo 8º del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1º del Decreto 4869 de 2007, según los cuales, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, sea que se haya convocado el cargo a concurso, o en caso contrario con la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, su última evaluación del desempeño sea sobresaliente, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el año anterior y se encuentren desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer; en consecuencia, corresponde a la entidad determinar con fundamento en este procedimiento, el empleado que mejor derecho tenga para ser nombrado en encargo, en caso de que la entidad requiera proveer el respectivo empleo.

Es pertinente resaltar que el inciso segundo del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, señala expresamente que si el empleado que se encuentra desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, no reúne las condiciones y requisitos previstos en la norma, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente; y el párrafo transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1º del Decreto 4968 de 2007, establece que el nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

Frente a la inquietud referente a la situación laboral de los empleados nombrados en forma provisional o temporal en una Empresa Social del Estado, es importante señalar que el nombramiento provisional es una modalidad de vinculación a través de la cual se pueden proveer los empleos vacantes, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera. Su fundamento normativo se encuentra en el Artículo 25 de la Ley 909 de 2004 al señalar que *“los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de Carrera”*.

Así las cosas, el empleado provisional conserva este carácter independiente del tiempo que dure su vinculación en provisionalidad, mientras no acceda al empleo por nombramiento en periodo de prueba, previo concurso de mérito.

Por último, es de advertir que en virtud del Auto del 5 de mayo de 2014, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente apartes del Decreto 4968 de 2007 y la Circular 005 de 2012 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuyos efectos son de obligatorio cumplimiento, razón por la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil ha informado mediante la Circular No. 003 del 11 de junio de 2014, que a partir del 12 de junio de 2014, no otorgará autorizaciones para proveer transitoriamente los empleos de carrera a través de encargo o nombramiento en provisionalidad, mientras la suspensión ordenada por el Consejo de Estado continúe; lo que indica que actualmente la prórroga de los nombramientos provisionales que inicialmente fueron autorizados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, actualmente no requieren de la autorización de dicha Comisión.

2. ¿Un trabajador oficial puede desempeñar un cargo de carrera en forma temporal o suscribir contrato de prestación de servicios?

El Artículo 195 de la Ley 100 de 1993, relacionado con las normas aplicables a trabajadores de Empresas Sociales del Estado señaló:

“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. (...).”

Por su parte la Ley 10 de 1990, por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones, señala:

“ARTÍCULO 26. Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son empleos de libre nombramiento y remoción:

(...)

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

PARÁGRAFO. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.”

(...)

ARTÍCULO 30. Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo.

A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley”.

Adicionalmente a lo anterior, el Ministerio de Salud de la época, en Circular No. 12 del 6 de febrero de 1991 fijó pautas para la aplicación del parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector Salud de la siguiente manera:

“Mantenimiento de la planta física hospitalaria.

“Son aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud, que no impliquen dirección y confianza del personal que labore en dichas obras, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

Igualmente, es necesario precisar qué se entiende por Servicios generales.

“ Son aquellas actividades que se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, entre otras ”.

De lo anterior se colige que en las Empresas Sociales del Estado del sector salud, la ley dispone con claridad que la regla general es que los servidores públicos ostenten la calidad de empleados públicos de libre nombramiento y remoción y de carrera, y los trabajadores oficiales, se vinculan mediante contrato de trabajo, quienes desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

Conforme a lo anotado, los trabajadores oficiales son los que tienen una relación contractual con la Administración y les permite negociar sus condiciones laborales. Sobre el particular, el tratadista Diego Younes Moreno, en su libro Derecho Administrativo Laboral, expresa lo siguiente:

“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 obviamente la posibilidad de discutir las condiciones aplicables.”

De tal manera que los trabajadores oficiales se rigen por el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo, por lo tanto, a diferencia de los empleados públicos, quienes se vinculan a la administración mediante una modalidad legal o reglamentaria y el acto que la traduce es el nombramiento y la posesión. Es decir, que los únicos que pueden vincularse mediante contrato de trabajo son los trabajadores oficiales que conforme se señaló, son aquellos que en el servicio de salud realizan actividades que no implican dirección y confianza tales como labores de electricidad, carpintería, mecánica, vigilancia o celaduría, etc.

Como lo señalamos en precedencia, el ingreso, ascenso y permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito mediante procesos de selección abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos para su desempeño, por consiguiente no es viable que un trabajador oficial ejerza funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción o carrera.

Respecto de los contrato de prestación de servicios se tiene que es una forma de vinculación con las entidades del Estado, que no genera relación laboral y como contraprestación de los servicios prestados el contratista recibe unos honorarios y no un salario dado que esta forma de vinculación no genera relación laboral. Así lo establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)

3°. Contrato de Prestación de Servicios.

<Apertes subrayados CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES> Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

-

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Como puede observarse de la norma anteriormente señalada, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o cuando se requieran conocimientos especializados, guardando concordancia con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

Si bien es cierto una persona puede vincularse a una ESE a través de contrato de trabajo (trabajador oficial) o mediante contrato de prestación de servicios (contratista), no puede en forma simultánea recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, con fundamento en lo dispuesto por la Constitución Política, al señalar:

ARTÍCULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.”

Conforme a la norma transcrita, no es procedente suscribir un contrato de prestación de servicios con un trabajador oficial.

3. ¿Un celador de una empresa privada puede ocupar un cargo vacante como tecnólogo en radiología de una ESE si cumple con los requisitos para su ejercicio?

Como lo señalamos en el numeral 1) de este escrito, los empleos de carrera administrativa se proveen mediante nombramiento en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas por el sistema de mérito; por consiguiente, si el cargo de carrera se encuentra vacante, debe proveerse a través de un concurso abierto para todas las personas que acrediten los requisitos para su desempeño, a fin de garantizar la transparencia y la objetividad en el ingreso al servicio público; es decir, que es procedente que una persona que reúna los requisitos para ejercer el empleo y supere el concurso ocupe el cargo para el cual concursó.

4. ¿Un empleado de carrera o provisional puede realizar funciones de un trabajador oficial?

Como se indicó, los trabajadores oficiales se vinculan a una entidad mediante contrato de trabajo, los empleados de carrera ingresan, ascienden y permanecen en los empleos de carrera administrativa exclusivamente con base en el mérito mediante procesos de selección abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos para su desempeño y los provisionales son vinculados cuando un empleo no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera y la Ley no contempla la posibilidad de que un empleado de carrera o provisional pueda realizar funciones de un trabajador oficial y si fuere contratado como tal, pierde su condición de empleado público.

5. ¿Las personas vinculadas a una ESE a través de empresas temporales o con orden de prestación de servicios, pueden ser Jefes o Coordinadores del personal de planta de la entidad?

Como ya se argumentó en precedencia, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, es decir, para adelantar labores ocasionales o extraordinarias y no para realizar funciones que de manera permanente se asignan a los empleados públicos

Por consiguiente, las funciones propias del objeto de las entidades públicas, no resulta viable que un contratista (particular) las realice. En este orden de ideas las funciones asignadas a un Jefe o Coordinador de área, deben estar en cabeza de empleados públicos.

6. ¿Si por recomendación médica se ordena la reubicación de un trabajador oficial, se puede nombrar en un cargo de carrera?

Conforme a lo ya manifestado, la vinculación de los trabajadores oficiales difiere de los nombramientos que se hacen para ocupar cargos de carrera, por lo que no es posible la reubicación de un trabajador oficial en un cargo de carrera.

7. ¿Cuál es el procedimiento de procesos disciplinarios?

Sobre el particular debemos advertir que esta entidad no es competente para pronunciarse sobre procesos disciplinarios, por lo que recomendamos dirigir sus inquietudes a los entes de control encargados de pronunciarse al respecto, como es el caso de la Procuraduría General de la Nación.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

Jaime Jiménez/JFCA/CPHL

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 01:10:54