



Función Pública

Concepto 319341 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000319341

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000319341

Fecha: 21/07/2020 09:40:50 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Miembros de Junta Directiva de ESE. Inhabilidad para ser miembro de junta directiva de ESE por haber sido subgerente en la misma. Inhabilidad de miembros de junta directiva. Trabajadores oficiales. En empresas sociales del estado. MOVIMIENTOS DE PERSONAL. Traslado. Reubicación. RAD. 20202060290132 del 7 de julio de 2020.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes consultas:

1. ¿El subgerente científico de una Empresa Social del Estado, una vez presenta renuncia puede ser nombrado como Secretario de salud del Municipio, a sabiendas de que por esta condición tendrá asiento propio en la Junta directiva de la ESE? o existe alguna inhabilidad o conflicto de intereses?
2. ¿Si existe evidencia de que en una Empresa Social del Estado se realizaron nombramientos provisionales sin tener en cuenta derechos de preferencia, sin agotar la convocatoria interna correspondiente, se puede solicitar la nulidad del nombramiento provisional, ello constituye falta para la persona que lo realizó?
3. ¿Cuándo la seccional de salud traslada personal a las Empresas Sociales del Estado, el personal trasladado se pensiona, puede el ordenador del gasto entrar a proveer en provisionalidad dichos cargos?
4. ¿En una Empresa Social del Estado se pueden nombrar trabajadores oficiales?
5. ¿El secretario de salud del municipio quien por ley tiene asiento propio en la Junta directiva de la Empresa Social del Estado de primer nivel del municipio, puede una vez se desvincula ser nombrado subgerente científico de la ese? o existe alguna inhabilidad?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

6. Sobre la posible inhabilidad para quien ejerció el cargo de subgerente científico de una Empresa Social del Estado, para ser nombrado como Secretario de salud del Municipio, y su consecuente participación en la Junta directiva de la ESE.

Sobre la conformación de la Junta Directiva de una empresa social del estado, la Ley 1438 de 2011, establece:

“ARTÍCULO 70. DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial de primer nivel de complejidad, estará integrada de la siguiente manera:

70.1 El jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado, quien la presidirá.

70.2 El director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal o su delegado.

70.3 Un representante de los usuarios, designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por parte de la dirección departamental, distrital o municipal de salud.

70.4 Dos (2) representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial, elegidos por voto secreto. En el evento de no existir en la ESE profesionales en el área administrativa, la Junta Directiva podrá integrarse con un servidor de dicha área con formación de técnico o tecnólogo.

PARÁGRAFO 1°. Los representantes de los usuarios y de los servidores públicos de la entidad tendrán un periodo de dos (2) años y no podrán ser reelegidos para periodos consecutivos, ni podrán ser parte de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado en más de dos ocasiones. En los municipios de 6ª categoría, los representantes de los usuarios y los empleados públicos tendrán un periodo de 4 años.

PARÁGRAFO 2°. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel municipal que hagan parte de convenios o planes de desempeño suscritos o que se llegaren a suscribir entre el departamento y la Nación, tendrá además de los miembros ya definidos en el presente artículo, tendrán como miembro de la Junta Directiva al gobernador del departamento o su delegado.

PARÁGRAFO 3°. Cuando en una sesión de Junta Directiva exista empate para la toma de decisiones, el mismo se resolverá con el voto de quien preside la Junta Directiva.”

Adicionalmente, el Decreto 780 de 2016, “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, determina:

ARTÍCULO 2.5.3.8.7.7 *Requisitos para ser miembro de la junta directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial (municipal, departamental o distrital) de primer nivel de atención.* Para ser miembro de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial (municipal, departamental o distrital) de primer nivel de atención se deberán acreditar los requisitos establecidos en el artículo 2.5.3.8.4.2.4 del presente decreto.

El representante de los empleados públicos del área administrativa deberá cumplir los siguientes requisitos:

1. Poseer título profesional en un área del conocimiento diferente a las ciencias de la salud; en el evento que el representante sea un técnico o tecnólogo deberá poseer certificado o título que lo acredite como tal en un área del conocimiento diferente a las ciencias de la salud.

2. No hallarse incurso en ninguna de las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en la ley. (Se subraya).

Ahora bien, frente a la interpretación de las inhabilidades e incompatibilidades, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y, por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas. En consecuencia, esas restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la ley.

Revisada la legislación relacionada con las inhabilidades, no se encontró alguna para quien ejerció el cargo de subgerente científico. Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, no existe inhabilidad para que el ex servidor público que ejerció este cargo sea designado como Secretario de Salud del Municipio, y como consecuencia de ello, integre la Junta directiva de la ESE donde prestó sus servicios.

1. Sobre los nombramientos provisionales sin tener en cuenta derechos de preferencia, sin agotar la convocatoria interna correspondiente.

Respecto de la forma de proveer vacancias temporales o definitivas de empleos de carrera administrativa, la Ley 1960 de 2019, “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”, señala:

«ARTÍCULO 1. El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedara así:

ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.»

De acuerdo con lo anterior, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio contenidos en el manual de funciones específicas y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad, 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 caso de no existir dentro de la planta empleados de carrera administrativa con evaluación sobresaliente, el encargo deberá ser otorgado en quienes acrediten las calificaciones más altas descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio.

En consecuencia, corresponde a la entidad determinar con fundamento en el procedimiento señalado, el empleado con derechos de carrera que mejor derecho tenga para ser nombrado en encargo.

Con base en lo señalado en precedencia, se infiere que corresponderá a la entidad determinar con fundamento en el procedimiento señalado en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, el empleado que mejor derecho tenga para ser nombrado en encargo, en caso de que la entidad requiera proveer el respectivo empleo.

En el evento que no existan dentro de la planta de personal empleados de carrera que puedan ser encargados por no reunir los requisitos, será procedente efectuar nombramientos provisionales, de manera excepcional.

En ese sentido, se precisa que conforme a lo establecido en la Ley 909 de 2004, los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito y siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados.

Por lo tanto, a la luz de las preceptivas legales mencionadas será procedente efectuar nombramientos provisionales sólo de manera excepcional, para lo cual la persona designada deberá cumplir con los requisitos mínimos establecidos para el ejercicio del correspondiente empleo contemplados en el manual específico de funciones y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección, se considera que si la Administración pretende efectuar un nombramiento provisional, deberá dar cumplimiento al marco legal que se ha dejado descrito.

En caso que algún empleado de carrera considere afectado su derecho a ser encargo, de conformidad con lo expuesto en los párrafos precedentes, podrá interponer reclamación en primera instancia ante la Comisión de Personal de su entidad, dentro de los 10 días hábiles siguientes desde que se efectuó la publicidad del Acto presuntamente lesivo (acto administrativo de nombramiento de otro servidor -por

encargo o nombramiento provisional- en el empleo objeto del estudio respectivo). La segunda instancia, de ser el caso, se llevará, ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, que debe interponer dentro de los 10 días siguientes a que le sea notificada la decisión de primera instancia.¹

Cabe señalar, que la declaratoria de nulidad de un nombramiento provisional, sólo puede ser decretada mediante sentencia emitida por un juez de la república. Así mismo, las posibles consecuencias de un nombramiento provisional efectuado con desconocimiento de las normas de derecho de carrera administrativa, sólo pueden ser valoradas y falladas por la dependencia encargada para estos efectos (Control Disciplinario) y/o la Procuraduría General de la Nación, según su competencia.

2. Sobre el traslado de personal de empleados que posteriormente se pensiona en las Empresas Sociales del Estado, y la posibilidad de que la administración provea dichos cargos con nombramientos provisionales.

Para dar respuesta a esta inquietud, se hace necesario precisar los conceptos de traslado y reubicación. Sobre el particular, el artículo 2.2.5.4.1 del Decreto 1083 de 2015, establece:

“Traslado o permuta. Hay traslado cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares.

También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos con funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño.

Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, con el lleno de los requisitos previstos en el presente decreto.

Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, los jefes de cada entidad deberán autorizarlos mediante acto administrativo.

Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo dispuesto en este decreto.

El traslado o permuta procede entre organismos del orden nacional y territorial.”

El traslado o permuta es aquel, que se provee con un empleado de servicio activo, un empleo con vacancia definitiva, con funciones afines a las que se encuentra desempeñándose, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos similares.

En la administración también podrán efectuarse permutas; entre empleados que desempeñen cargos o funciones afines o complementarias, que cuenten con la misma categoría y exijan requisitos mínimos similares para su desempeño.

Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, con el lleno de los requisitos previstos en el presente decreto.

Para que pueda efectuarse un traslado o permuta entre organismos, los jefes de cada entidad deberán autorizarlos mediante acto administrativo, procede efectuarlos entre organismo del ordena nacional y territorial.

En cuanto a las reglas generales para que opere el traslado en un empleado, en el artículo 2.2.5.4.3 dispuso que solo procede si es por necesidad del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado.

Podrá efectuarse también, a razón de solicitud del empleado siempre que tal movimiento no afecte el servicio.

Por otro lado, previo a entrar en la definición contenida para reubicación en la normatividad vigente, es importante definir que la planta de personal desde el punto de vista de su aprobación se puede conformar en forma global, pero técnicamente debe responder a un estudio previo de necesidades y a la configuración de la organización.

La planta de personal Global consiste en la relación detallada de los empleos requeridos para el cumplimiento de las funciones de una entidad, sin identificar su ubicación en las unidades o dependencias que hacen parte de la organización interna de la institución.

En este orden de ideas, cuando una entidad tiene planta global, cada empleo de la entidad pertenece a ella en general y no a cada dependencia en particular, siendo competencia del jefe del organismo distribuir los cargos y ubicar el personal de acuerdo con las necesidades del servicio. Para lo anterior, se debe emitir un acto administrativo, que no debe expresar que mediante él se efectúa un traslado, sino que mediante él se reubica un cargo dentro de la planta global.

Producido este acto y comunicado al empleado que esté ocupando el cargo reubicado, dicho empleado pasa con su cargo a la dependencia a la cual está siendo reubicado. En este caso, dado que no existe cambio de empleo, las funciones generales, así como los requisitos mínimos, siguen iguales y el empleado no debe posesionarse nuevamente.

Con fundamento en la planta global, la administración puede reubicar el cargo donde lo requiera, y las funciones serán las del área donde esté ubicado, siempre y cuando sean de la misma naturaleza y del mismo nivel jerárquico del cargo del cual es titular el funcionario, de tal forma que no se desnaturalice el empleo.

Por lo anterior, en relación a la reubicación, el artículo 2.2.5.4.6 ibidem, dispuso lo siguiente:

“Reubicación. La reubicación consiste en el cambio de ubicación de un empleo, en otra dependencia de la misma planta global, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones del empleo.

La reubicación de un empleo debe responder a necesidades del servicio y se efectuará mediante acto administrativo proferido por el jefe del organismo nominador, o por quien este haya delegado, el cual deberá ser comunicado al empleado que lo desempeña.

La reubicación del empleo podrá dar lugar al pago de gastos de desplazamiento y ubicación cuando haya cambio de sede en los mismos términos señalados para el traslado.”

A diferencia del traslado, la reubicación consiste en el cambio de ubicación de un empleo, en otra dependencia de la misma planta global, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones del empleo.

Su procedencia obedece a las necesidades del servicio y se efectuará mediante acto administrativo proferido por el nominador, o por quien este haya delegado tal facultad, el cual deberá ser comunicado al empleado que se encuentra desempeñándolo.

Hechas estas precisiones, debe el consultante verificar si el cambio de una persona que accede a su derecho de pensión fue trasladada o reubicada. Si se trata de un traslado, éste supone un cargo vacante en otra dependencia o entidad que es provisto mediante el traslado, con el

lleno de las formalidades descritas. Esto supone que el cargo que desempeñaba, permanece en la dependencia donde ejercía el empleado y se entenderá, a su vez, vacante definitiva, sin importar si el empleado accede o no a su pensión. En este caso, en criterio de esta Dirección, la administración puede proveer el empleo de acuerdo con las directrices expuestas en apartes anteriores.

Por otro lado, si el empleado fue reubicado, tanto el empleado como el cargo pasan a otra dependencia de la planta global. En el momento que se retire del servicio por acceder a su pensión de jubilación, el cargo quedará vacante, seguirá siendo de la planta global, y podrá ser provisto según lo señalado en el cuerpo del concepto.

3. Sobre los trabajadores oficiales en una Empresa Social del Estado

Sobre los servidores públicos, 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.

Por su parte, la Ley 10 de 1990, "Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud", en su capítulo IV. Estatuto de Personal, dispone:

"ARTÍCULO 26. CLASIFICACION DE LOS 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.

(...) "

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.

Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo". (Este inciso fue declarado inexecutable, Sentencia C- 432 del 28 de septiembre de 1995. Ex. D. 880 Corte Constitucional).

Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, en su Título II. Determinó la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud; en el capítulo III El Régimen de las empresas sociales del Estado, en el cual dispuso:

"ARTÍCULO 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará

principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las Asambleas o Concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo".

"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".

Así, los trabajadores oficiales serán quienes estén destinados al mantenimiento de la planta física, o de servicios generales en las Empresas Sociales del Estado." (Se subraya).

Teniendo en cuenta que no se ha expedido reglamentación alguna que precise qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales, se deberá acudir a la interpretación por el método de análisis semántico, o a la ayuda de la doctrina y la jurisprudencia.

Mantenimiento de la planta física. "Mantenimiento. Conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias, etc., puedan seguir funcionando adecuadamente".

"Instalaciones. Conjunto de cosas instaladas". "Instalar. Colocar en un lugar o edificio los enseres y servicios que en él se hayan de utilizar; como en una fábrica, los conductos de agua, aparatos para la luz, etc. (Diccionario de la Real Academia Española).

Pedro A. Lamprea en su libro "Práctica Administrativa" Tomo I. 1988 sobre el concepto de "mantenimiento" expresa lo siguiente:

"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 un ser para que se halle en vigor y permanencia.

"...las actividades de mantenimiento van encaminadas a realizar todos los actos indispensables para evitar la pérdida o deterioro del bien. Corresponde a la mejora necesaria del derecho civil". (Se subraya).

De esta manera, podemos entender por planta física la integrada por aquellos bienes muebles e inmuebles destinados al cumplimiento de los objetivos de la entidad, ejemplo, edificaciones, equipos y máquinas fijas, instalaciones de servicios, calderas, etc.

En consecuencia, el "mantenimiento de la planta física hospitalaria" comprendería las labores o actividades tendientes a la conservación y funcionalidad de los bienes que la integran.

Servicios Generales. Dentro de la estructura organizacional que se ha venido proponiendo para las entidades de la Rama Ejecutiva se hace referencia al Área Administrativa, la cual comprende la Unidad Financiera, la de Recursos Humanos y la de "Servicios Generales".

Las actividades que conforman los "servicios generales", tienen la connotación de servir de apoyo a la entidad, como un todo, para su correcto funcionamiento. Dichos servicios no benefician a una área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual. Dentro de éstos podemos precisar los suministros, el transporte, la correspondencia y archivo, la vigilancia, cafetería, aseo, jardinería, mantenimiento, etc.

Sobre el mismo tema, el Ministerio de Salud 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:

“... son aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entres 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 que 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 la entidades, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, entre otras”.

En tal virtud, el personal que presta sus servicios en el área de servicios generales, para el caso en consulta quien desempeña en labores de aseo, jardinería, celaduría, mensajería, el "transporte y el traslado de pacientes", el conductor de ambulancia, son de trabajadores oficiales; sin embargo, es necesario que se evalúen bajo los parámetros anteriormente dados.

Respecto de los conductores, según lo expresado anteriormente y lo que señala el concepto del Ministerio de Salud: *“(...) los cargos de conductor y celador, son actividades propias para ser desempeñadas por trabajadores oficiales. Por otro lado, es importante anotar que la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades se ha pronunciado sobre el asunto, en el sentido de que la clasificación de empleos, es una potestad del Legislador (Congreso de la República) atribuida por la Constitución Nacional, no susceptible de ser trasladada ni delegada a las Asambleas, Consejos Municipales o Distritales y Juntas Directivas de Establecimientos Públicos.”*

Del texto del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre clasificación de empleos, se deduce que la regla general en estas entidades es la de que sus servidores tienen la calidad de empleados públicos y sólo tendrán el carácter de trabajadores oficiales quienes realizan las actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

Para estos tipos de vinculación, la normativa de los servidores públicos, contempla como mecanismos de formalización del vínculo laboral con el Estado, la relación legal y reglamentaria, para empleados públicos y la contractual, para los trabajadores oficiales.

Los empleados públicos tienen con la administración una relación legal y reglamentaria que se materializa en un acto administrativo de nombramiento y su posterior posesión.

La nota principal de tal situación es que el régimen del servicio o de la relación de trabajo, sí se prefiere el término, está previamente determinado en la ley y, por lo tanto, no hay posibilidad de que el empleado pueda discutir las condiciones del empleo, ni fijar alcances distintos de los concebidos por las normas generales y abstractas que la regulan.

En consecuencia, desde el momento en que la persona designada toma posesión del empleo adquiere la calidad de empleado público. Tal calidad se conserva hasta el momento en que se configure cualquiera de las causales de retiro del servicio y se produzca el cese definitivo de funciones públicas.

La modalidad contractual, cuyo soporte normativo está en la Ley 6 de 1945, otorga a quien por ella se vincula a la Administración, el carácter de trabajador oficial, lo cual se materializa en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones laborales, tanto al momento de celebrar el contrato como posteriormente por medio de pliegos de peticiones, los cuales pueden dar por resultado una convención colectiva.

No obstante lo anotado, respecto de las condiciones para determinar la calidad de trabajador oficial se han expedido diferentes pronunciamientos, entre los cuales vale la pena tener en cuenta la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral M. P. Isaura Vargas Díaz Radicación No27883 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 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>>. (Negrita y subrayado fuera del texto).

-

De tal forma que la calidad de trabajador oficial no se da por la naturaleza del acto de vinculación, sino que además de tener en cuenta la entidad donde se presta el servicio, y la clase de actividad 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, ésta 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, ésta es su calidad, y no podrá tenerse en cuenta la categorización que se haya hecho a través de acuerdos o convenciones colectivas, en contravía de un ordenamiento legal.

De acuerdo con lo expuesto, esta Dirección Jurídica considera que la regla general en las empresas sociales del estado es que sus servidores tienen la calidad de empleados públicos y sólo tendrán el carácter de trabajadores oficiales quienes realizan las actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, operarios, celadores o vigilantes y conductores.

4. Inhabilidad de miembro de la Junta directiva de la Empresa Social del Estado de primer nivel del municipio para ser nombrado subgerente científico de la misma ese.

Sobre las inhabilidades de los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado, la Ley 1438 de 2011², establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 71. Inhabilidades e incompatibilidades. Los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado no podrán ser representante legal, miembros de los organismos directivos, directores, socios, o administradores de entidades del sector salud, ni tener participación en el capital de estas en forma directa o a través de su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil o participar a través de interpuesta persona, excepto alcaldes y gobernadores, siempre y cuando la vinculación de estos últimos a la entidad del sector salud obedezca a la participación del ente territorial al que representa. Esta inhabilidad regirá hasta por un año después de la dejación del cargo.” (Subraya y negrilla fuera del texto)

De acuerdo con la norma en cita, los miembros de las juntas directivas de las ESE no pueden ser representantes legales, miembros de los organismos directivos, directores, socios, o administradores de entidades del sector salud, ni tener participación en el capital de estas en forma directa o a través de los parientes en los vínculos y grados señalados.

En la consulta se informa que la intención es vincularse como subgerente científico, empleo diferente a los mencionados en la norma, así que la inhabilidad expuesta en el artículo 71 de la Ley 1438 de 2011, en criterio de esta Dirección Jurídica, no tienen aplicación en el caso consultado.

En caso de 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

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Artículo 43 del Acuerdo 512 de 2014 de la CNSC

2. *Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:09:35