



Función Pública

Concepto 012621 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000012621

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000012621

Fecha: 14/01/2021 07:37:28 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO - ESE. Provisión de Empleos. Contratación de talento humano durante la emergencia sanitaria por COVID-19. RAD.: 20202060616412 del 28 de diciembre de 2020.

En atención a su comunicación de la referencia, remitida por el Ministerio de Salud mediante oficio No. 202025002035751, en la cual solicita concepto y sustento jurídico para garantizar la contratación del talento humano de manera continua, pasando de la vigencia 2020 a la 2021, teniendo en cuenta la emergencia sanitaria por COVID-19, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Respecto de la forma de vinculación de quienes ejercen funciones de carácter permanente, es necesario tener en cuenta que el Decreto Ley 3074 de 1968 "Por el cual se adiciona el Decreto número 2400 de 1968" en el Artículo 2 señala:

"ARTÍCULO 1. Modifícase y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2. quedará así: Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

(...) Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones." (Subraya do nuestro)

De acuerdo con la anterior disposición, es viable indicar que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos

requeridos en la planta de personal respectiva, para lo cual la entidad deberá iniciar las gestiones pertinentes que deriven en la creación de los cargos que demanda para el eficiente cumplimiento de los servicios a su cargo.

Por otro lado, el Decreto 1083 de 2015 Único Reglamentario del Sector Función Pública, establece:

“ARTÍCULO 2.2.1.1.1 Definición. Se entiende por empleos temporales los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el Artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento.

Los empleos temporales deberán sujetarse a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad y a las disposiciones relacionadas con la elaboración del plan de empleos, diseño y reforma de plantas de que trata la Ley 909 de 2004.

En la respectiva planta se deberán identificar los empleos que tengan la naturaleza de temporales. El estudio técnico deberá contar con el concepto previo favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.”

(...)

ARTÍCULO 2.2.1.1.4 Nombramiento en el empleo temporal. El nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente.

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal deberá sujetarse a la disponibilidad presupuestal.

PARÁGRAFO. A quienes ejerzan empleos de carácter temporal no podrá efectuárseles ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las que dieron lugar a la creación de los mismos de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

(...)

ARTÍCULO 2.2.1.2.1 Objeto. El presente capítulo tiene por objeto fijar los mecanismos para la estructuración de las plantas de empleos de carácter temporal en las Empresas Sociales del Estado y la suscripción de los Acuerdos de Formalización Laboral en desarrollo de lo previsto en el Artículo 13 de la Ley 1610 de 2013.

(...)

ARTÍCULO 2.2.1.2.3 Estructuración de las plantas de empleos de carácter temporal. Para la creación de las plantas de empleos de carácter temporal, las Empresas Sociales del Estado deberán elaborar la justificación técnica y financiera, siguiendo los lineamientos indicados en la Guía elaborada por el Departamento Administrativo de la Función Pública para el efecto.

El estudio o justificación técnica y financiera deberá contener como mínimo los siguientes aspectos:

a. Identificación de la entidad.

b. Análisis de la organización.

c. Análisis financiero y la viabilidad presupuestal.

d. Análisis de los servicios a prestar.

e. Análisis del personal requerido para el cumplimiento de la función, actividad o proyectos a desarrollar, teniendo en cuenta los compromisos surgidos por la venta de servicios.

f. Proyecto de Manual de Funciones y de Competencias requerido para el desempeño del empleo.

ARTÍCULO 2.2.1.2.4 Aprobación e Implementación de la planta de empleos de carácter temporal a nivel territorial. Elaborado el estudio o justificación técnica y financiera para la creación de la planta de empleo de carácter temporal de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá someterse a la aprobación de la respectiva junta directiva, la cual expedirá el acuerdo de creación. La justificación técnica y financiera, así como el acuerdo, se remitirá a la Entidad Departamental o Distrital de Salud para su aval. Una vez cumplido este trámite el Gerente de la entidad debe proceder a implementarla en la institución.

PARÁGRAFO 1. Las entidades territoriales que hayan suscrito convenios de desempeño y se encuentren en ejecución, antes de la implementación de la planta de empleos de carácter temporal de las Empresas Sociales del Estado incluidas en el convenio, deberán presentarla para aprobación al Ministerio de Salud y Protección Social, en cumplimiento de las condiciones establecidas en dichos convenios.

PARÁGRAFO 2. Los departamentos y distritos que hayan avalado la creación de plantas de empleos de carácter temporal en las Empresas Sociales del Estado bajo programas de saneamiento fiscal y financiero, deberán informarlo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para efectos de estimar el impacto que tal medida tenga sobre la viabilidad de dicho programa.

PARÁGRAFO 3. Los departamentos y distritos que hayan avalado la creación de plantas de empleos de carácter temporal en Empresas Sociales del Estado del orden territorial, deberán considerarlos en la construcción de los planes financieros territoriales. Para el efecto, en la financiación de prestación de servicios de dichos planes contemplarán los ingresos propios de la Empresa Social Estado y la posible cofinanciación con fuentes territoriales; y en el gasto en prestación de servicios, el costo de creación de dichas plantas.

ARTÍCULO 2.2.1.2.5 Aprobación e Implementación de la planta de empleos de carácter temporal a nivel nacional. Las Empresas Sociales del Estado del orden nacional que vayan a crear plantas de empleos de carácter temporal, deberán sustentarse en una justificación técnica y financiera y contar con la aprobación y adopción por parte del Gobierno Nacional, previo concepto favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP y viabilidad presupuestal de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ARTÍCULO 2.2.1.2.6 Forma de provisión de los empleos de carácter temporal.

(...)

PARÁGRAFO 1. El tiempo de vinculación de los servidores en los empleos de carácter temporal se determinará en función de la necesidad de la Empresa Social del Estado del nivel nacional y territorial, para atender los servicios efectivamente contratados a la Empresa y por la continuidad de los mismos. El servidor tendrá derecho a permanecer en el empleo de carácter temporal siempre que se mantenga la función, actividad o proyecto al cual se vinculó.

PARÁGRAFO 2. Para la provisión de los empleos de carácter temporal se deberá dar aplicación al procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004. En caso de no existir lista de elegibles, el empleo deberá ser provisto, de manera preferencial, con el personal que reúna los requisitos y que esté desarrollando mediante una forma de vinculación diferente, tales funciones, actividades o proyecto.

ARTÍCULO 2.2.1.2.8 Suscripción del Acuerdo de Formalización. Una vez otorgado el visto bueno al Acuerdo de Formalización por parte del Despacho del Viceministerio de Relaciones laborales e Inspección del Ministerio del Trabajo, se procederá a la firma del Acuerdo por parte del Director Territorial del Ministerio del Trabajo y el representante legal de la Empresa Social del Estado.

PARÁGRAFO. El Acuerdo de Formalización deberá contener las fechas en las cuales el Ministerio del Trabajo, a través de las dependencias competentes, efectuará la verificación al cumplimiento de lo señalado en el respectivo Acuerdo.

ARTÍCULO 2.2.1.2.11 Necesidad en la prestación de servicios. Las Empresas Sociales del Estado que suscriban Acuerdos de Formalización Laboral y por necesidades del servicio requieran continuar con las plantas de empleos de carácter temporal, deberán informarlo a la Dirección Territorial correspondiente del Ministerio del Trabajo.

ARTÍCULO 2.2.1.2.12 Adopción de la planta de empleos permanente. Independientemente de la creación de las plantas de empleos de carácter temporal, las Empresas Sociales del Estado deberán adelantar estudios que determinen los requerimientos y necesidades de empleos para soportar los procesos de apoyo administrativo y financiero de la entidad, los cuales deben cumplirse a través de cargos de carácter permanente.

ARTÍCULO 2.2.1.2.13 Operación con terceros. Las Empresas Sociales del Estado en los casos en que lo requieran, podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, de acuerdo con los términos previstos en el Artículo 59 de la Ley 1438 de 2011.

Se entiende por empleos temporales los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el Artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento.

Según lo dispuesto en la normativa transcrita, el Gobierno Nacional, con miras a la formalización de las relaciones laborales, ha instado a las ESE para que mientras se crean los cargos necesarios para el efectivo cumplimiento de las funciones a su cargo en la planta permanente, se vincule el recurso humano requerido a través de empleos temporales.

El nombramiento en un empleo temporal deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración conforme a la disponibilidad presupuestal, y el tiempo de vinculación de los servidores en dichos empleos se determinará en función de la necesidad de la Empresa Social del Estado del nivel nacional y territorial, para atender los servicios efectivamente contratados a la Empresa y por la continuidad de los mismos; y el servidor tendrá derecho a permanecer en el empleo de carácter temporal siempre que se mantenga la función, actividad o proyecto al cual se vinculó, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente.

Así mismo, para la creación de las plantas de empleos de carácter temporal, las Empresas Sociales del Estado deberán elaborar la justificación técnica y financiera, que deberá contener como mínimo, la identificación de la entidad, análisis de la organización, análisis financiero y la viabilidad presupuestal, análisis de los servicios a prestar, análisis del personal requerido para el cumplimiento de la función, actividad o proyecto a desarrollar, teniendo en cuenta los compromisos surgidos por la venta de servicios, y el proyecto de Manual de funciones y de competencias requerido para el desempeño del empleo

En todo caso, se precisa que de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968¹, para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

En cumplimiento de lo anterior, se expidió la Circular Externa 100-003 de 2013, dirigida a las Empresas Sociales del Estado de nivel Nacional y

Territorial (la cual anexo para su conocimiento), mediante la cual los Ministerios del Trabajo, de Salud y Protección Social y este Departamento Administrativo instan a las Empresas Sociales del Estado para que mientras se expide el régimen laboral para los servidores públicos de estas instituciones por parte del Legislador, se vincule el recurso humano requerido a través de empleos temporales.

Así mismo, mediante el Decreto 1083 de 2015, el Gobierno Nacional fija los mecanismos para la conformación de las plantas de empleos de carácter temporal en las Empresas Sociales del Estado y la suscripción de los Acuerdos de Formalización Laboral en desarrollo de lo previsto en el Artículo 13 de la Ley 1610 de 2013.

De acuerdo con lo anterior, es claro el compromiso del Estado Colombiano con miras a formalizar las relaciones laborales de los servidores públicos en las entidades y organismos públicos en todos los niveles de la administración pública; el compromiso de las entidades y organismos públicos y de quienes ejercen funciones públicas por propender formalizar las relaciones laborales, inicialmente, como lo ha planteado el Gobierno Nacional mediante la creación plantas de carácter temporal y la vinculación en las mismas de quienes ejercen funciones públicas.

De otra parte, el Artículo 32 de la ley 80 de 1993² señala que 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, guardando concordancia con lo establecido en el Artículo 123 de la Constitución Política en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la administración que no pueden estar previstas en la planta de personal.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-614 de 2009, abordó el problema jurídico consistente en determinar si la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, contemplada en el Artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, es contraria a los Artículos 2º, 25 y 53 de la Constitución. En esta oportunidad expresó la Corte:

“...esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados. (Subrayado nuestro)

La misma corporación, mediante sentencia C-171/12, Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva, indicó:

“Por consiguiente, la Sala evidencia en este caso, la necesidad de incorporar al entendimiento de la norma acusada, la única interpretación constitucional posible de la misma, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de este Alto Tribunal, según la cual, la potestad de contratación otorgada por el precepto demandado a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados. Por lo tanto, la Corte declarará en la parte resolutive de esta sentencia, la exequibilidad condicionada del Artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el sentido anunciado.” (Subrayado nuestro)

De esta manera, se infiere que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; vinculación que en ningún caso debe conllevar subordinación. Como puede observarse, para la Corte los contratos estatales se justifican constitucionalmente si son concebidos como instrumentos para atender actividades y tareas de apoyo a la gestión o colaboración para que la entidad cumpla sus funciones.

De conformidad con lo expuesto, es viable concluir que la suscripción de órdenes de prestación de servicios en las entidades públicas que requieran desarrollar actividades relacionadas con el quehacer de las mismas, procede siempre que se cumplan las condiciones que se han plasmado en el presente concepto a saber, cuando es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; se celebrarán por el término estrictamente indispensable y que la persona a contratar demuestre idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área o tema de que se trate.

En consecuencia, la viabilidad de la celebración de un contrato de prestación de servicios con una persona natural depende del estudio de necesidad que realice la entidad, con el fin de determinar el ejercicio de actividades transitorias o temporales porque de acuerdo con el manual de funciones específico no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar el servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó y aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

[1] Modificado y adicionado por el decreto 3074 de 1968

[1] “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:53:10