



Concepto 169711 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000169711

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000169711

Fecha: 13/05/2021 04:41:58 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPLEO - Empleado Provisional - PRESTACIONES SOCIALES - Dotación. SISTEMA DE GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO - Servicios de Promoción y Prevención de riesgos laborales - BIENESTAR SOCIAL - Beneficiarios. Radicado No. 20219000426742 de fecha 12 de mayo de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual plantea algunos interrogantes relacionados con empleados en provisionalidad, me permito informarle que estos serán resueltos en el mismo orden consultado.

1.- Si se realiza una convocatoria de su cargo en provisionalidad y se gana otro el puesto, este empleado en provisionalidad tiene derecho a indemnización por el tiempo que trabajo en provisionalidad y a que tiene derecho.

En relación con la terminación de un nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector función pública, establece lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados. (Subraya propia).

Frente al particular, se considera procedente tener en cuenta los pronunciamientos que ha efectuado la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia T-326 del 3 de junio de dos mil catorce (2014), Magistrada Ponente, María Victoria Calle Correa, al pronunciarse sobre la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, señaló:

"Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad."

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria, u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera procedente la terminación de un nombramiento provisional, siempre y cuando se atienda el marco legal y jurisprudencial que sea dejado descrito.

Así las cosas, a modo de conclusión podemos mencionar que si el cargo es provisto de manera definitiva a otra persona, luego del concurso público de méritos y como consecuencia el empleado provisional es retirado del servicio, por el hecho de adelantarse el correspondiente proceso de sección, no tienen derecho a ningún tipo de indemnización, solamente tienen derecho al reconocimiento y pago de los elementos salariales y prestacionales conforme a la normatividad vigente aplicable.

2.- Si en la convocatoria se presentan 2 personas para el cargo y estos 2 no cumplieron con los requisitos mínimos para el concurso; se declara desierto el concurso y vuelve a su trabajo nuevamente el trabajador provisional.

Con relación a los concursos desiertos el Decreto 1083 de 2015 establece:

ARTÍCULO 2.2.6.19 Concursos desiertos. Los concursos deberán ser declarados desiertos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante

resolución motivada, en los siguientes casos:

1. Cuando no se hubiere inscrito ningún aspirante o ninguno hubiere acreditado los requisitos, o
2. Cuando ningún concursante haya superado la totalidad de las pruebas eliminatorias o no haya alcanzado el puntaje mínimo total determinado para superarlo.

PARÁGRAFO. Declarado desierto un concurso se deberá convocar nuevamente dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes, si revisado el orden de prioridad para la provisión de empleos de que trata el artículo 2.2.5.3.2 del presente decreto, se concluye que ésta continúa siendo la forma de proceder.

Así las cosas, si fue declarado desierto el concurso y mientras se vuelva a surtir, el cargo continuara desempeñándose por el empleado provisional.

3.- *El trabajador en provisionalidad como los TECNICOS AREA DE SALUD a que tienen derecho con su empleador a diferencia del trabajador de carrera administrativa.*

Los empleados provisionales tienen derecho a los elementos salariales y prestaciones propios de su empleo, por lo demás, los funcionarios de carrera administrativa tienen algunas prerrogativas propias de quienes ostentan estos derechos.

4.- *El empleador de los TECNICOS AREA SALUD les debe dar los elementos de protección personal, que su área laboral deba tener una oficina, una motocicleta en que transportarse, una impresora, portátil, fotocopidora, escaneadora para que el trabajador pueda cumplir su trabajo. Y si el empleador no le da estos elementos al trabajador que se puede hacer y donde solicitar asesoría para esto.*

Respecto a los elementos de protección personal, es necesario traer a colación el Decreto 1072 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, el cual establece:

ARTÍCULO 2.2.4.6.24. *Medidas de prevención y control.* Las medidas de prevención y control deben adoptarse con base en el análisis de pertinencia, teniendo en cuenta el siguiente esquema de jerarquización:

(...)

5. Equipos y Elementos de Protección Personal y Colectivo: Medidas basadas en el uso de dispositivos, accesorios y vestimentas por parte de los trabajadores, con el fin de protegerlos contra posibles daños a su salud o su integridad física derivados de la exposición a los peligros en el lugar de trabajo. El empleador deberá suministrar elementos y equipos de protección personal (EPP) que cumplan con las disposiciones legales vigentes. Los EPP deben usarse de manera complementaria a las anteriores medidas de control y nunca de manera aislada, y de acuerdo con la identificación de peligros y evaluación y valoración de los riesgos.

PARÁGRAFO 1. El empleador debe suministrar los equipos y elementos de protección personal (EPP) sin ningún costo para el trabajador e igualmente, debe desarrollar las acciones necesarias para que sean utilizados por los trabajadores, para que estos conozcan el deber y la forma correcta de utilizarlos y para que el mantenimiento o reemplazo de los mismos se haga de forma tal, que se asegure su buen funcionamiento y recambio según vida útil para la protección de los trabajadores. (Subraya propia)

(...)

De lo expuesto se infiere que, los elementos de protección personal, puede verse reflejado en accesorios o vestimenta con el fin de proteger su salud de los empleados que la requieren. Ahora bien, la norma es clara al determinar que es el empleador el responsable de realizar dicho suministro.

Es necesario indicar que los demás elementos de oficina serán asignados si son necesarios para el cumplimiento de las funciones propias del empleo.

5.- *Los TECNICOS AREA SALUD tienen derecho a todos los programas establecidos por el empleador?... como el de participar con voz y voto, además de ser elegido en programa de Bienestar Social, hacer parte Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo....y a que más tiene derecho el TECNICO AREA DE SALUD?*

Sobre los programas de bienestar social para los empleados y sus familiares, el Decreto Ley 1567 de 1998, establece:

ARTÍCULO 1. Campo de Aplicación. El presente Decreto - Ley se aplica a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades regidas por la Ley 443 de 1998.

ARTÍCULO 6. Principios Rectores de la Capacitación. Las entidades administrarán la capacitación aplicando estos principios.

(...)

g. Profesionalización del servicio Público. Los servidores públicos independientemente de su tipo de vinculación con el Estado, podrán acceder a los programas de capacitación y de bienestar que adelante la Entidad, atendiendo a las necesidades y al presupuesto asignado. En todo caso, si el presupuesto es insuficiente se dará prioridad a los empleados con derechos de carrera administrativa. (Resalto propio) (Modificado por el Art. 3 de la Ley 1960 de 2019)

ARTÍCULO 20. Bienestar Social. Los programas de bienestar social deben organizarse a partir de las iniciativas de los servidores públicos como procesos permanentes orientados a crear, mantener y mejorar las condiciones que favorezcan el desarrollo integral del empleado, el mejoramiento de su nivel de vida y el de su familia; así mismo deben permitir elevar los niveles de satisfacción, eficacia, eficiencia, efectividad e identificación del empleado con el servicio de la entidad en la cual labora.

PARÁGRAFO. Tendrá derecho a beneficiarse de los programas de bienestar social todos los empleados de la entidad y sus familias.

Al respecto, mediante concepto 2455 de 2020, el Consejo de Estado en su sala de Consulta y Servicio Civil, indicó lo siguiente:

“En la exposición de motivos de la Ley 1960 (Proyecto de Ley 006/2017 Cámara y 200/2018 Senado), se fundamentó el cambio legal en el reconocimiento de «la ineficiencia histórica del Estado Colombiano en la realización de concursos» que mantiene sin proveer un importante número de empleos de carrera, especialmente en el nivel territorial, por lo que, «[d]e esta manera se busca garantizar la idoneidad de los servidores públicos en el entendido que la consecuencia lógica de que todos puedan acceder a capacitación y programas de bienestar, independientemente de su vinculación, asegura que las entidades destinatarias cuenten con servidores mejor capacitados que lograrán una función pública más eficaz en sus cometidos»•

Por lo tanto, a partir de esta norma, todos los empleados, sin considerar el tipo de vínculo laboral, tienen derecho a los programas de capacitación y bienestar que adopte su respectivo empleador público. Solo la limitación de los recursos presupuestales dará lugar a que se priorice el derecho de los empleados de carrera administrativa.

Como se mencionó atrás, la Sala hace notar que, si bien el principio de prelación de los empleados de carrera administrativa era uno de los principios del sistema de capacitación, la reforma de la Ley 1960 lo amplió al sistema de bienestar.

Corolario de tal ampliación es que, por mandato legal, todos los empleados, sin tener en cuenta el tipo de vinculación pueden acceder a los programas de capacitación y de bienestar, y entre estos, a la educación no formal y a los apoyos para la educación formal.

Lo dicho, sin perjuicio de conservar la prioridad de los empleados de carrera cuando los recursos disponibles no sean suficientes para atender a todos los empleados.” (Subraya propia)

Conforme con lo anterior, las disposiciones sobre los programas de bienestar social, capacitación y/o estímulos consagrados en el Decreto 1567 de 1998, atendiendo la modificación hecha por el artículo 3º de la Ley 1960 de 2019 y lo expresado por el Consejo de Estado, son aplicables a todos los empleados públicos de las entidades del nivel territorial, incluyendo a los empleados provisionales; como consecuencia, estos tienen derecho a los planes de bienestar social e incentivos que tengan adoptados de manera interna la respectiva entidad.

Por otra parte, si se hace referencia a ser representante para pertenecer a la red de los comités nacional, seccionales y locales de salud ocupacional el Decreto 16 de 1997 determina que la composición de cada uno de ellos. De esta forma el artículo 6 determina que el Comité Nacional de Salud Ocupacional estará integrado, entre otros, por: 6) dos representantes de los trabajadores y 7) dos representantes de los empleadores. En cuando a su elección, los artículos 9 y 10 de la citada norma establecen que para los representantes de los empleadores serán las organizaciones gremiales de empleadores, y para los representantes de los trabajadores serán las organizaciones de trabajadores, ambas con representación nacional las que presentarán la terna ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

De manera similar, en la integración de los comités seccionales y locales de salud ocupacional (art. 15 y 17 Decreto 16 de 1997) se determina la participación de dos representantes de los trabajadores y de los empleadores, cuya elección la realiza la Dirección Regional o Seccional del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social o al Jefe de la Oficina Especial de Trabajo de la terna enviada por las organizaciones de trabajadores y gremiales de empleadores, reconocidas por el Gobierno Nacional, que tengan representación en la respectiva región (artículos 20 y 21 Decreto 16 de 1997). Por lo anterior, se concluye que la norma no excluye directamente a ningún empleado por su tipo de vinculación para ser elegido dentro de las ternas para la elección de los representantes.

6.- Los **TECNICOS AREA SALUD** deben ser vacunados en esta fecha contra el COVID-19 y que pasa si a esta hora no se les ha vacunado.

Teniendo en cuenta que este Departamento Administrativo carece de competencia para pronunciarse al respecto, recomendamos que dirija dicho interrogante al Ministerio de Salud.

7.- Los **TECNICOS AREA SALUD** estando en provisionalidad y de planta pueden formar una Asociación de Técnicos Área Salud, una S.A.S.

Respecto a si los empleados públicos puedan formar una Asociación y por ende figuren como representante legal o accionistas de una sociedad por acciones simplificada SAS, le indico que respecto de las prohibiciones para recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, la Constitución Política de Colombia establece:

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.

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

En igual sentido se expresa el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 19. 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.

Exceptúense las siguientes asignaciones...”

De conformidad con las normas citadas, la prohibición para el servidor público de recibir más de una asignación, se predica de aquellas que provengan del tesoro público o de empresas en que tenga parte mayoritaria el Estado; en consecuencia, si la actividad de la asociación, es para desempeñarse en el sector privado, esta Dirección Jurídica no encuentra impedimento legal, para que un servidor público ejerza como representante legal o accionista de una sociedad por acciones simplificada SAS y en virtud de ello perciba honorarios por concepto de trabajos particulares ejecutados por fuera de la jornada laboral, dado que no se ha previsto incompatibilidad alguna constitucional o legal frente a ingresos provenientes del sector privado por fuera de la jornada de trabajo.

Adicionalmente, deberá tenerse en cuenta que el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 Código Único Disciplinario, señala que al servidor público le está prohibido el “Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe <sic> sujetos claramente determinados.

(...)”

De otra parte, el numeral 11) del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, señala como deber de todo servidor público el dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales, en consecuencia, es deber de los empleados públicos, el dedicar la totalidad del tiempo reglamentario establecido como jornada laboral al desempeño de las funciones propias del empleo.

Por otra parte, el Decreto 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, expresa:

“ARTÍCULO 8. A los empleados les está prohibido

“Realizar actividades ajenas al ejercicio de sus funciones durante la jornada de trabajo; abandonar o suspender sus labores sin autorización previa; retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que estén obligados;

(...)”

Así las cosas, y una vez adelantada la revisión de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, principalmente las contenidas, entre otras, en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; el artículo 38 de la Ley 734 de 2002; así como el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que no hay impedimento para que empleados públicos del sector salud, conformen asociaciones y figuren como representante legal o accionistas de una sociedad por acciones simplificada SAS, siempre y cuando efectúe actividades comerciales en el sector privado, siempre que como ya se indicó, no se trate de asuntos relacionados con las funciones propias de su empleo y que en todo caso, los servicios los presten fuera de su jornada laboral, en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario al desempeño de las labores encomendadas, como empleado público.

No obstante, es preciso indicar que, respecto de las inhabilidades para suscribir contratos estatales, la Ley 80 de 1993, señala:

“ARTÍCULO 8. De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos...”

De acuerdo con la anterior norma, los servidores públicos, se encuentran inhabilitados para celebrar contratos públicos con entidades u organismos estatales, por lo cual, en el evento que el representante legal de la S.A.S sea empleado público, no podrá suscribir contratos con entidades públicas.

8.- Si en el concurso de mérito el trabajador en provisionalidad como TECNICO AREA SALUD no envió el DIPLOMA DE BACHILLER, porque se le paso por alto y por esta razón queda descalificado...que derechos tiene el trabajador en provisionalidad y se le respeta el tiempo que ha llevado que podrían ser unos 14 años y a este se puede indemnizar.

Para atender este interrogante, por favor tener en cuenta lo expuesto en la respuesta a su primera pregunta, resaltando que los empleados provisionales pueden ser desvinculados y tendrán derecho a la respectiva liquidación cuando sean retirados del servicio.

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 de la Ley 1437 de 2011.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: César Pulido.

Aprobó. José Fernando Ceballos.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado.
2. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=154946>
3. Artículo sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:45:52