



Concepto 451741 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000451741

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000451741

Fecha: 17/12/2021 10:09:02 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEOS – Naturaleza. Régimen Laboral de las Empresas Sociales del Estado. Radicado: 20219000721552 del 29 de noviembre de 2021.

Acuso recibido de la comunicación de referencia, en la cual solicita concepto jurídico sobre si una Empresa Social del Estado puede vincular por medio de contratación directa personal como médicos, auxiliares de enfermería y conductores de ambulancia mediante contrato a término fijo con todas las prestaciones de ley, de conformidad a concepto emitido por esta Dirección Jurídica con número de radicado de salida 20206000482151 del 25 de septiembre de 2020, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, en la Ley 10 de 1990¹, se dispuso lo siguiente respecto a la clasificación de los empleos pertenecientes a una Empresa social del Estado, a saber:

"ARTICULO 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:

1. *En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.*
2. *En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:*
 - a. *Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;*
 - b. *Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;*
 - c. *Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría. Ver artículo. 6, Ley 60 de 1993.*

(NOTA: Texto tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-387 de 1996).

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.

PARAGRAFO. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones." (Subrayado fuera del texto original)

"ARTICULO 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.” (Subrayado fuera del texto original)

Por su parte, la Ley 100 de 1993² en su artículo 194, establece la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado como aquellas que cumplen con la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por los entes territoriales de forma principal, y su constitución tienen un carácter especial de entidad pública descentralizada, adjudicando su creación por la Ley o por las Asambleas Departamentales o Consejos Municipales.

El artículo siguiente establece el Régimen Jurídico aplicable a este tipo de Empresas del Estado, así:

“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.

(…)”

Se puede interpretar de las normas que se han dejado transcritas que, los empleos pertenecientes a las Empresas Sociales del Estado pueden ser de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, situándose en la categoría de empleados públicos, y aquellas personas que se desempeñen en cargos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones se denominarían trabajadores oficiales.

Frente a estos últimos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2.2.30.3.5 del Decreto 1083 de 2015, su vinculación con la administración será por medio de suscripción de contrato de trabajo.

Ahora bien, teniendo clara la normativa de aplicación a quienes presten sus servicios en una Empresa Social del estado, para dar claridad a su interrogante es preciso abordar sentencia³ emitida por la Corte Constitucional frente al servicio público de salud, a saber:

“4.2 En armonía con lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha explicado respecto del régimen y naturaleza de las Empresas Sociales del Estado que (i) la ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social y definió en el artículo 94 la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado; (ii) que el objeto de estas Empresas es la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social; (iii) que estas Empresas constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada creada por el Legislador en virtud de las facultades que le confiere el artículo 150, numeral 7; (iv) que son entes que no pueden confundirse y se diferencian claramente de los establecimientos públicos, ya que la Ley 489 de 1998, al definir en el artículo 38 la integración de la rama ejecutiva del poder público, incluyó dentro de ésta a las Empresas Sociales del Estado, reconociéndoles una categoría diferente a la de los establecimientos públicos; (v) que estas Empresas como nueva categoría de entidades descentralizadas y concebidas con un objeto específico definido por la propia ley, de conformidad con los propósitos constitucionales que mediante su existencia persigue el Legislador, se rigen por unas reglas y una normatividad especial; (vi) que la Ley señala que estas entidades descentralizadas son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa; y (vii) que es al Legislador a quien corresponde su creación, por la propia naturaleza de creación legal de estas entidades, y que igualmente se encuentra facultado ampliamente para determinar su estructura orgánica.^[14]

(…)4.5 De otra parte, es de mencionar que la Corte se ha pronunciado respecto del modelo de concurrencia privada para la prestación del servicio de salud, en condiciones de libre competencia, establecido en la Constitución de 1991, reiterando “la posibilidad de que los particulares concurren en la prestación del servicio de salud no es incompatible con su carácter de interés público y su finalidad eminentemente social, pese a que se trata de sujetos que actúan motivados por intereses privados, que también gozan de la protección de la Constitución^{[13]”}^[14]

No obstante lo anterior, ha advertido igualmente que el ejercicio de la libertad económica y de la libre competencia en materia de salud, tiene claros límites constitucionales que se derivan del carácter fundamental de este derecho y de la competencia y responsabilidad del Estado en la vigilancia y control sobre esta prestación, de manera que la libre competencia en el ámbito de la salud “sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y respetando los límites fijados por las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social^[15]. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares.”^[16] Así mismo, ha advertido que dicha concurrencia solo puede llevarse a cabo bajo la premisa de la garantía de la calidad del servicio y de su efectiva prestación, y que para garantizar este cumplimiento la intervención del Estado en la prestación del servicio público de salud, es intensa, se funda en el modelo del Estado Social de Derecho y se orienta a la preservación de la confianza pública.^[17] (…)” (Subrayado fuera del texto original)

Puede entenderse entonces a partir de lo considerado por la Corte, que el objeto de las Empresas Sociales del Estado es la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social, y al ser creadas como una

categoría especial de entidad pública descentralizada, se rigen por unas reglas y una normatividad especial, creadas o por la Nación o las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa.

Bajo esta perspectiva, también advierte este Alto Tribunal que el derecho a la libertad económica y de la libre competencia en material de salud cuenta con unos límites constitucionales, los cuales se encuentran inmersos en el carácter fundamental del derecho a la salud y de la competencia y responsabilidad del Estado de su vigilancia y control, por lo tanto la concurrencia de personal privado para ejercer funciones para la prestación del servicio público en salud, puede predicarse dentro de la garantía de la calidad del servicio y de su efectiva prestación fundado en el modelo del Estado Social de Derecho.

En consecuencia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 125 constitucional, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuándose los de libre nombramiento y remoción, elección popular, trabajadores oficiales, y los demás que determine la ley, en sujeción con el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, que dispone que las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales; cuya vinculación deberá obedecer según la naturaleza del empleo.

Así entonces, esta Dirección Jurídica considera que no es procedente que una Empresa Social del Estado vincule mediante la suscripción de contrato a término fijo con todas las prestaciones de ley a médicos y auxiliares de enfermería, empleos de carácter asistencial, cuya vinculación debe ser legal y reglamentaria; diferente para los trabajadores oficiales, personal encargado del mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, cuya vinculación con la administración será mediante la suscripción de contrato de trabajo.

En tal sentido, en sujeción a lo dispuesto en el párrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, y 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, doctrina y jurisprudencia.

En primer lugar, el Diccionario de la Real Academia Española, definió estos conceptos con lo siguiente, a saber:

"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."

Por su parte, 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."

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.

Por lo tanto, el "mantenimiento de la planta física hospitalaria" comprende labores o actividades tendientes a la conservación y funcionalidad de los bienes que la integran.

Surtida la anterior definición, es de aclarar que 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 párrafo 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 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."

En la misma circular en relación a qué se entiende por Servicios Generales, se concluyó: *“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.”*

A su vez, frente al empleo de conductor en estas instituciones, concluyó:

“(…) 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.”

En tal virtud, el personal que presta sus servicios en el área de servicios generales, quien desempeña en labores de aseo, jardinería, celaduría, mensajería, el "transporte y el traslado de pacientes", el conductor de ambulancia, el camillero, son de trabajadores oficiales; claro está, evaluando en cada caso los parámetros anteriormente indicados.

Sin embargo, de conformidad a lo dispuesto en el literal b) del artículo 5° de la Ley 909 de 2004, en caso de que el empleo de conductor se tenga adscrito al Despacho del Director del Hospital, éste es un empleo de libre nombramiento y remoción.

En las anteriores condiciones, se tiene en primer lugar que las normas determinan de manera general la clasificación de los empleos pertenecientes a las Empresas Social del Estado, es así que del texto del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, se colige que por regla general en estas entidades sus servidores tienen la calidad de empleados públicos, y para enmarcarse dentro de la categoría de trabajadores oficiales, éstos deberán desempeñarse en actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

En segundo lugar, en atención a lo dispuesto en el artículo 2.2.30.1.2 del Decreto 1083 de 2015⁴, sobre el contrato de trabajo con las entidades públicas, se concluye que el personal que presta sus servicios en el área de servicios generales, desempeñando labores de "transporte y traslado de pacientes", como los conductores de ambulancia, son trabajadores oficiales, que se vinculan con la administración mediante la suscripción de contrato de trabajo.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.”
2. “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”
3. Corte Constitucional, Sala Plena, 07 de marzo de 2012, Referencia: expediente D-8666, Consejero Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
4. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:15:36