



Concepto 441361 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000441361

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000441361

Fecha: 12/12/2021 09:39:08 a.m.

Bogotá D.C.

REF: Proceso disciplinario No. IUC-D-2019-1373327.EMPLEOS. Vinculación ESE. Forma de proveer empleos en las Empresas Sociales del Estado ESE. RAD.: 2021-206-072846-2 del 2 de diciembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual requiere un pronunciamiento de este Departamento Administrativo en relación con la pertinencia de vincular personal en las Empresas Sociales del Estado ESE a través de las cooperativas asociadas de trabajo, le indico lo siguiente:

Con el fin de dar respuesta a su solicitud, se considera importante tener en cuenta que, en relación con la forma de provisión de empleos en las entidades y organismos públicos, la Constitución Política, señala:

"ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

(...)." (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, es claro que por regla general los empleos en las entidades y organismos públicos son considerados como de carrera administrativa, la excepción la constituyen los empleos de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que establezca la ley; es decir, que la naturaleza de los empleos en las entidades y organismos públicos no es taxativa; sino que pueden ser creados por la ley.

Respecto del acceso a los empleos considerados como de carrera administrativa, es preciso señalar que de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, el ingreso se produce previa superación de un concurso de méritos y el período de prueba respectivo; este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

En este orden de ideas, quienes cumplan con los requisitos de ley y los requisitos establecidos en el manual específico de funciones y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y la correspondiente superación del respectivo período de prueba.

Es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional, a través de Sentencias como la C-614 de 2009 y la C-171 de 2012, entre otras, ha señalado que la protección del derecho al trabajo, la relación laboral con el Estado y los derechos de los servidores públicos, así como la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma, obligan tanto a los particulares o empleadores del sector privado, como a todas las autoridades públicas o empleadores del sector público, a respetar las prohibiciones legales dirigidas a impedir que los contratos estatales de prestación de servicios y otras figuras sean utilizadas como formas de intermediación laboral, de deslaboralización, o de tercerización como regla general.

En cuanto a la vinculación laboral de los servidores públicos de las Empresas Sociales del Estado - ESES, la Corte en Sentencia C - 171 de 2012, indicó:

... "En este sentido, esta Corporación coincide con el concepto vertido por el Procurador General de la Nación en cuanto a que (i) la posibilidad ilimitada de contratar con terceros tareas que correspondan a funciones propias o permanentes de las Empresas Sociales del Estado, vulnera el derecho al trabajo, el derecho a acceder a la carrera administrativa, y pone en grave riesgo tanto la continuidad como la permanencia del servicio público; (ii) las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente para atender y desarrollar sus funciones de carácter permanente, que son su responsabilidad; (iii) la garantía de eficiencia no debe implicar la contratación de servicios de las funciones permanentes de las Empresas Sociales del Estado; y (v) por tanto, la posibilidad ilimitada de contratación de la prestación de las funciones propias de las Empresas Sociales del Estado con terceros, como lo establece la norma demandada, no puede ser la regla, pues contraría la Carta Política. "...

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Procuraduría General de la Nación expidió la Circular No. 008 de 2013, mediante la cual señaló lo siguiente:

"Por lo expuesto, el Procurador General de la Nación insta a las diferentes autoridades públicas a dar cumplimiento a las Leyes 1233 de 2008 sobre Prohibiciones a las Cooperativas de Trabajo Asociado, 1429 de 2010 sobre Formalización y Generación de Empleo y 1438 de 2011 sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud (art. 59) y a lo ordenado en las sentencias de constitucionalidad C-614 de 2009 y C-171 de 2012, proferidas por la H. Corte Constitucional.

El contenido del artículo 48 de la Ley 734 de 2001, tipifica como falta gravísima del servidor público, "celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales".

La actividad del Ministerio Público en temas de Trabajo Digno y Decente ha sido permanente y los esfuerzos seguirán encaminados para lograr que en Colombia las relaciones laborales se desarrollen dentro de los postulados de protección que exige este Derecho Fundamental."

Conforme con las normas y jurisprudencia citadas, todas las entidades del Estado incluyendo las Empresas Sociales del Estado - ESE, deberán dar cumplimiento a las Leyes 1233 de 2008, sobre Prohibiciones a las Cooperativas de Trabajo Asociado, 1429 de 2010 sobre Formalización y Generación de Empleo y 1438 de 2011 sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud (art. 59) y a lo ordenado en las sentencias de constitucionalidad C-614 de 2009 y C-171 de 2012, proferidas por la Corte Constitucional.

De otra parte, le informo que en cumplimiento de lo expresado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-171 de 2012, y mientras se tramita la Ley Estatutaria que formaliza el empleo de los trabajadores en el sector salud, el Gobierno Nacional a través de los Ministerios de Salud y Protección Social, del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública expidió la Circular Conjunta Externa 100-003-2013 mediante la cual dan instrucciones en materia de empleos temporales a las Empresas Sociales del estado del Nivel Nacional y Territorial, cuyo texto es el siguiente:

"El régimen legal vigente para las Empresas Sociales del Estado no responde a las necesidades operacionales de las mismas, que se caracteriza por la venta de servicios, razón por la cual actualmente cursa en el Congreso de la República, a iniciativa del Gobierno Nacional, un proyecto de ley mediante el cual se modifica el régimen laboral para los servidores públicos de estas instituciones, que permitirá además de garantizar los derechos laborales de los trabajadores, ajustar las necesidades de recurso humano a la demanda de servicios a ofertar, haciéndolas competitivas y sostenible.

En consideración a lo expuesto y a la situación que actualmente presentan las Empresas Sociales del Estado, se insta a que la vinculación del recurso humano requerido en la prestación de servicios de salud en estas instituciones, en los casos en que sea viable y ajustado al presupuesto, se adelante a través de la vinculación en empleos temporales, que se creen para el efecto, en los términos y condiciones señalados en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005.

Para la creación de dichos empleos se podrá contar con la orientación del Departamento Administrativo de la Función Pública, quien brindara

asistencia técnica, a través de la Dirección de Desarrollo Organizacional, con el apoyo de la Escuela Superior de Administración Pública.”

Así las cosas, la vinculación del talento humano requerido en la prestación de servicios de salud en las Empresas Sociales del Estado, en los casos en que sea viable y ajustado al presupuesto, se deberá adelantar a través de la vinculación en empleos temporales, que se creen para el efecto, en los términos y condiciones señalados en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2005, mientras, como ya se advirtió, el Congreso tramita la Ley Estatutaria que formaliza el empleo de los trabajadores en el sector salud.

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.

De acuerdo con el anterior contexto, el compromiso de las entidades y organismos públicos y de quienes ejercen funciones públicas es el propender por 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.

Ahora bien, respecto de la forma de vinculación de quienes ejercen funciones públicas de carácter asistencial (médicos), me permito manifestarle que como quiera que se trata de funciones de carácter permanente, es necesario tener en cuenta que el Decreto 3074 de 1968 “Por el cual se adiciona el Decreto número 2400 de 1968” en el artículo 2 señala:

“ARTICULO 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. (Subrayas fuera de texto)

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.

Es preciso señalar que el Gobierno Nacional mediante los artículos 2.2.1.2.1 y siguientes del Decreto 1083 de 2015 reglamentó los mecanismos de reestructuración de las plantas de empleo de carácter temporal y estableció los acuerdos de formalización laboral en las Empresas Sociales del Estado del orden nacional y territorial. De igual manera en el gestor normativo de Función Pública se encuentra la guía para establecer empleos de carácter temporal en las Empresas Sociales del Estado E.S.E - Versión 4 de abril de 2018.

Conclusiones.

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que de manera general los empleos en las entidades y organismos públicos son considerados como de carrera administrativa, la excepción la constituyen los empleos de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que establezca la ley, como es el caso de los empleos de carácter temporal (artículo 21 de la Ley 909 de 2004).

Por otra parte, mientras se expide el régimen laboral para los servidores públicos de estas instituciones por parte del Legislador, este Departamento, junto con el Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Salud y Protección Social en atención a los importantes esfuerzos que ha realizado el Estado Colombiano con miras a la formalización de las relaciones laborales, han instado a las ESE para que se vincule el recurso humano requerido a través de empleos temporales.

En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección Jurídica, por expresa prohibición legal, no es procedente que las entidades públicas como es el caso de las ESE vinculen al personal requerido para el ejercicio de sus funciones mediante cooperativas de trabajo asociado, para el efecto, la vinculación del talento humano requerido en la prestación de servicios de las entidades públicas se deberá adelantar a través de la vinculación en empleos en la planta de personal permanente de la entidad y mientras ello sucede podrá acudirse a la creación de empleos temporales.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:49:32