



Concepto 060761 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000060761

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000060761

Fecha: 03/02/2022 05:45:13 p.m.

Bogota D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Prohibición para ejercer mas de un empleo publico o percibir dos asignaciones provenientes del tesoro publico. Prohibición de desempeñar mas de un empleo. Sector Salud. RAD. 20229000053812 del 27 de enero de 2022.

En la comunicacion de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

¿Una enfermera de planta temporal de Hospital Federico Lleras E.S.E, cuenta como funcionario publico?

Siendo funcionario publico, ¿esta persona podria realizar un contrato de prestacion de servicios con la alcaldia de Ibague?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con lo manifestado en la consulta, la enfermera que pretende contratar con la alcaldia, es de la planta temporal de Hospital Federico Lleras E.S.E. Debe establecerse si el ejercicio de un cargo temporal le da la calidad de servidor publico. Sobre el particular, la Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo publico, la carrera administrativa, gerencia publica y se dictan otras disposiciones", establece a los empleos temporales como una nueva categoria de empleos publicos, asi:

<ARTICULO 1. OBJETO DE LA LEY.

La presente ley tiene por objeto la regulacion del sistema de empleo publico y el establecimiento de los principios basicos que deben regular el ejercicio de la gerencia publica.

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculacion legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administracion publica, conforman la funcion publica. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la funcion publica asegurara la atencion y satisfaccion de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitucion Politica y la ley, hacen parte de la funcion publica los siguientes empleos publicos:

- a) Empleos publicos de carrera;
- b) Empleos publicos de libre nombramiento y remocion;
- c) Empleos de periodo fijo;

d) Empleos temporales>. (Subrayado fuera de texto)

<ARTICULO 21. EMPLEOS DE CARACTER TEMPORAL.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podran contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de caracter temporal o transitorio. Su creacion debera responder a una de las siguientes condiciones:

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administracion;

b) Desarrollar programas o proyectos de duracion determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) Desarrollar labores de consultoria y asesoria institucional de duracion total, no superior a doce (12) meses y que guarde relacion directa con el objeto y la naturaleza de la institucion.

2. La justificacion para la creacion de empleos de caracter temporal debera contener la motivacion tecnica para cada caso, asi como la apropiacion y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuara con base en las listas de elegibles vigentes para la provision de empleos de caracter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilizacion de las listas se realizara un proceso de evaluacion de las capacidades y competencias de los candidatos>. (Subrayado fuera del texto).

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto ley 1567 de 1998", reglamenta el tema asi:

"ARTICULO 2.2.1.1.1. *Definicion.* Se entiende por empleos temporales los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el articulo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio tecnico y en el acto de nombramiento.

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

En la respectiva planta se deberan identificar los empleos que tengan la naturaleza de temporales. El estudio tecnico debera contar con el concepto previo favorable del Departamento Administrativo de la Funcion Publica."

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Segunda, en sentencia con Radicacion numero: 11001-03-25-000-2006-00144-00(2326-06) del 26 de noviembre de 2009, Consejero Ponente: Victor Hernando Alvarado Ardila, afirma:

"Conforme al texto de la norma transcrita, los empleos temporales comportan una nueva modalidad de empleos de los servidores publicos, (3) que tiene un caracter eminentemente excepcional, que les permite a las entidades Estatales crear o establecer en sus plantas de personal empleos de caracter temporal o transitorio." (Se subraya)

De acuerdo con lo señalado, quienes prestan sus servicios nombrados en una planta temporal de una entidad publica, son servidores publicos, en la modalidad de empleados publicos temporales. Esto significa que estan cobijados por las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitucion y en las leyes para los empleados publicos.

Ahora bien, frente a la inhabilidad para desempeñar simultaneamente mas de un empleo publico y recibir mas de una asignacion que provenga del tesoro publico, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, la Constitucion Politica establece:

"ARTICULO 128. Nadie podra desempeñar simultaneamente mas de un empleo publico ni recibir mas de una asignacion que provenga del tesoro publico, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiendase por tesoro publico el de la Nacion, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas."

En relacion con las excepciones generales a la prohibicion constitucional expuesta, la Ley 4 de 1992, dispone:

“ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente mas de un empleo publico, ni recibir mas de una asignacion que provenga del Tesoro Publico, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuarse las siguientes asignaciones:

(...)

e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

(...)

PARAGRAFO. No se podran recibir honorarios que sumados correspondan a mas de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.” (Subrayado nuestro).

Adicionalmente, la Constitucion Politica indica en su articulo 127, indica lo siguiente:

“ARTICULO 127.- Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004. Los servidores publicos no podran celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representacion de otro, contrato alguno con entidades publicas o con personas privadas que manejen o administren recursos publicos, salvo las excepciones legales...” (Se subraya).

Ahora bien, la Ley 269 de 1996, por la cual se regula parcialmente el articulo 128 de la Constitucion Politica, en relacion con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho publico, establece:

“ARTICULO 2. GARANTIA DE PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE SALUD. Corresponde al Estado garantizar la atencion en salud como un servicio publico esencial, y en tal caracter el acceso permanente de todas las personas a dicho servicio, razon por la cual el personal asistencial que preste directamente servicios de salud podra desempeñar mas de un empleo en entidades de derecho publico.

La jornada de trabajo del personal que cumple funciones de caracter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud podra ser maximo de doce horas diarias sin que en la semana exceda de 66 horas, cualquiera sea la modalidad de su vinculacion.” (Destacado nuestro)

Sobre el significado de los terminos “Servicio Asistencial” y “Servicio Administrativo”, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Segunda, Subseccion B, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cueter, en sentencia proferida el 31 de octubre de 2018 dentro del expediente con Radicacion numero: 25000-23-42-000-2015-00753-01(3786-16), indico lo siguiente:

“Respecto de la excepcion antes descrita, la Corte Constitucional, en sentencia C-206 de 2003, expreso:

Es pues evidente que la ley se refiere a la regulacion de una de las excepciones a la prohibicion constitucional para desempeñar mas de un empleo publico y recibir mas de una asignacion que provenga del tesoro publico.

Por tanto, normas como la aqui demandada se ocupan de establecer las excepciones a la prohibicion del articulo 128 constitucional, y por ello no regulan en general la jornada laboral del personal asistencial que labora en instituciones publicas sino exclusivamente de aquellos que desempeñen mas de un empleo en entidades de derecho publico.

De las premisas normativas y jurisprudenciales expuestas, concluye la Sala que la excepcion de recibir doble asignacion del tesoro publico de los profesionales de la salud se encuentra limitada al personal de salud que cumpla en forma directa funciones de caracter asistencial en entidades prestadoras de servicios de salud.

En el asunto *sub examine*, acerca de si el recurrente se encontraba entre los supuestos normativos de la excepcion y, en particular, si sus labores podian ser consideradas como funciones de caracter asistencial en entidades prestadoras de servicios de salud, el *a quo* estimo:

Precisado lo anterior, la Sala destaca que ni la normativa ni la jurisprudencia ha definido el concepto de desarrollar funciones de caracter asistencial o precisado quien ostenta la calidad de personal asistencial que preste servicios en el sector salud, asi entonces, al no encontrarse norma que establezca de manera expresa dicho concepto, la Sala, a efectos de ilustrar los alcances de la Ley 269 de 1996, recurre a un Concepto del DAFP del 4 de junio de 2013 con Radicado N. 20136000086301, en el cual se señalo sobre dicho aspecto las siguientes precisiones:

Respecto del significado de los terminos "Servicio Asistencial" y "Servicio Administrativo" en el Sector Salud, esta Direccion considera lo siguiente, teniendo en cuenta el contexto de la Ley 269 de 1996, la Ley 100 de 1993 y el Decreto Ley 785 de 2005, sobre nomenclatura y clasificacion de empleos del nivel territorial y especialmente del sector salud:

Servicio Asistencial: Es el que tiene por objeto la prestación directa de servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, así como a los servicios paramédicos y medios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, conducentes a conservar o restablecer la salud de los pacientes.

Servicio Administrativo: Son aquellas labores ejecutadas por funcionarios que tienen que ver directamente con la dirección, organización, coordinación, administración, control y apoyo operativo al buen funcionamiento de la entidad, para prestar un óptimo servicio.

(...)

De acuerdo con lo anterior es viable inferir que "los servicios profesionales de salud", son aquellos cuyo objeto es la prestación directa de servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, así como a los servicios paramédicos y medios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, conducentes a conservar o restablecer la salud de los pacientes, prestados por un profesional del área de la salud.

En ese estado de cosas, conforme a lo previamente analizado, la Sala logra concluir que las funciones o actividades prestadas por profesionales de la salud que se encuentran excluidos de la prohibición constitucional y legal de percibir más de una erogación del tesoro público consiste en que dichas actividades deben ser de carácter médico asistencial, es decir, que estén orientadas a conservar o restablecer la salud de los pacientes.

Precisado el alcance de desarrollar funciones de carácter asistencial por los profesionales de la Salud, la Sala logra concluir que ninguna de las actividades o labores ejercidas por el demandante, en las dos vinculaciones con las entidades estatales para las que prestó sus servicios de manera simultánea, puede catalogarse como de carácter médico asistencial puesto que, en lo referente a los empleos desempeñados en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, tanto como Profesional Universitario Forense Clase I Grado 6 y Profesional Especializado Forense Clase VI Grado 13, sus funciones en ambos empleos consistieron básicamente en "emitir los informes periciales de manera oportuna,

Se colige entonces que para estar en los supuestos fácticos establecidos en la letra e) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992 y la Ley 269 de 1996 y poder recibir doble asignación del tesoro público, se debe cumplir una condición subjetiva y otra objetiva. La subjetiva consiste en ejercer de manera directa funciones de carácter asistencial de servicios de salud, y la objetiva, que dichas labores se desempeñen en entidades prestadoras de servicios de salud, ..."

Según el fallo, ni la normativa ni la jurisprudencia han definido el concepto de desarrollar funciones de carácter asistencial o precisado quien ostenta la calidad de personal asistencial que preste servicios en el sector salud, decidiendo esta Corporación acoger el concepto del DAFP del 4 de junio de 2013 con Radicado N. 20136000086301.

En cuanto a la aplicación de la Ley 269 de 1996, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-206 de 2003, dispuso:

"Lo anterior es aun más claro cuando se analiza el título de la Ley 269 de 1996, pues este señala expresamente que ella "regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público". Ahora bien, el artículo 128 constitucional establece que "*nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley*". Es pues evidente que la ley se refiere a la regulación de una de las excepciones a la prohibición constitucional para desempeñar más de un empleo público y recibir más de una asignación que provenga del tesoro público. Por tanto, normas como la aquí demandada se ocupan de establecer las excepciones a la prohibición del artículo 128 constitucional, y por ello no regulan en general la jornada laboral del personal asistencial que labora en instituciones públicas sino exclusivamente de aquellos que desempeñen más de un empleo en entidades de derecho público.

7- La ley 269 de 1996 se basa en la necesidad de garantizar el servicio de salud de manera permanente. Por eso fue permitido por el Congreso que el personal asistencial tuviera la posibilidad excepcional de desempeñar más de un empleo público. El legislador consideró entonces necesario dar un tratamiento distinto al personal que presta servicios asistenciales cuando amplió la jornada laboral para personas con doble empleo, pero la mantuvo dentro de un límite. De lo contrario, si no se permitiera la ampliación de las horas de trabajo, la norma carecería de sentido y no cumpliría la finalidad propuesta en cuanto a la ampliación de cobertura y la prestación del servicio de manera ininterrumpida. Solo permitir el doble empleo no sería suficiente para ampliar la jornada laboral y así responder a las necesidades de cobertura.

Esta disposición flexibiliza entonces las condiciones laborales del personal asistencial que presta servicios de salud en las entidades de derecho público, al permitir más de una vinculación con el sector oficial, mientras no exista cruce de horarios, a fin de garantizar el acceso permanente al servicio público de salud.

(...)

(Subrayado nuestro).

Teniendo en cuenta los textos legales y jurisprudenciales citados, podemos concluir que los empleados que desempeñen funciones en el área asistencial de la salud en entidades del sector público (prestación directa de servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, así como a los servicios paramédicos y medios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, conducentes a conservar o restablecer la salud de los pacientes), se encuentran dentro de la excepción señalada por la Constitución y regulada por la Ley 4 de 1992, de modo que no habrá impedimento legal para que un empleado del área de la salud que presta sus servicios asistenciales, se vincule con otra institución pública.

Lo anterior, siempre y cuando se den los requisitos exigidos por la Ley, esto es, que no haya cruce de horario y que el total del tiempo de las vinculaciones con el Estado no sobrepasen de 12 horas diarias y 66 a la semana; además, que los servicios que va a prestar en las entidades públicas se relacionen directamente con servicios asistenciales de salud.

En consecuencia, y de conformidad con las anteriores consideraciones, esta Dirección Jurídica considera que no se configura la inhabilidad prevista en el artículo 128 de la Constitución, para la enfermera que esta nombrada en la planta de personal de la ESE, siempre y cuando cumpla con las condiciones descritas con antelación. Esto significa que la enfermera objeto de la consulta, solo estará exceptuada de la prohibición, si el contrato que suscribe con la alcaldía está relacionado con servicios asistenciales de salud.

En caso 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": </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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Elaboro: Claudia Ines Silva

Reviso: Harold Herreño

Aprobo Armando Lopez Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:39:49