



## Concepto 062951 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000062951\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000062951

Fecha: 04/02/2022 05:49:02 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEOS. Provisión. ¿Es viable proveer el empleo de enfermera en una ESE mediante nombramiento provisional por renuncia de su titular antes de entrar en vigencia la Ley de Garantías? Radicado: 20222060016092 del 11 de enero de 2022.

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, mediante la cual solicita concepto respecto a la viabilidad jurídica de proveer un cargo de enfermera mediante nombramiento provisional en una Empresa Social del Estado, por renuncia de su titular, antes de que estuviese la Ley de garantías electorales.

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, frente al ingreso a los cargos de carrera administrativa, el Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, consagra:

*“ARTICULO 125. (...) 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.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.*  
(Subrayado fuera de texto original)

De acuerdo al precepto constitucional transcrito, los empleos públicos de carrera administrativa deberán proveerse de forma definitiva mediante el sistema de mérito, considerado como un instrumento óptimo basado en la meritocracia y constituye uno de los ejes determinantes de la Constitución Política, relacionada con el acceso a los cargos públicos de acuerdo con las capacidades y competencias de las personas en virtud de la igualdad, estabilidad y demás garantías dispuestas en el Artículo 53 de la Constitución Política.

En ese sentido, con relación al régimen aplicable a los empleados de las Empresas Sociales del Estado, la Ley 100 de 1993, en su artículo 194 establece que son 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 en su constitución tienen un carácter especial de entidad pública descentralizada, siendo creadas por mediante la Ley o por los acuerdos u ordenanzas de los Consejos Municipales o las Asambleas Departamentales.

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

*“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.

(...)"

(Subrayado fuera del texto original)

En consecuencia, las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales.

Respecto a los empleos que referencia en su consulta, es preciso abordar lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 785 de 2005, a saber:

*"ARTÍCULO 3. Niveles jerárquicos de los empleos. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial."*

A su vez, en el mismo estatuto se dispuso lo siguiente, a saber:

*"ARTÍCULO 18. Nivel Profesional. El Nivel Profesional está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:*

Cód.	Denominación del empleo
243	Enfermero

En consecuencia, el cargo de enferma se encuentra en el nivel profesional, es de carrera administrativa y deberá proveerse de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1298 de 1994, que consagra lo siguiente con respecto a los empleos de carrera administrativa de las entidades descentralizadas que prestan servicios de salud, a saber:

*"ARTÍCULO 675. CARRERA ADMINISTRATIVA. La Carrera Administrativa para los organismos y entidades que se señalan en el presente Libro, tiene como fin mejorar la eficacia de la administración y ofrecer igualdad de oportunidades para el ascenso al servicio, la estabilidad en el empleo y la posibilidad de ascender en la Carrera, conforme a las normas del estatuto y su reglamento."*

*A los empleos de carrera administrativa de la nación, de las entidades territoriales, y de las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo, para la organización, administración y prestación de los servicios de salud, se aplicará el régimen previsto en las Leyes 61 de 1987, 27 de 1992 y, en el Decreto 694 de 1975, incluidas las normas sobre calificación de servicios, en cuanto sea compatible con dicha Ley y con lo previsto en el presente Estatuto.*

*Sin embargo, el Consejo Superior del Servicio Civil, el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio de Salud, podrán delegar las funciones correspondientes, que sean indispensables, en las autoridades que, para el efecto, determinen las entidades territoriales.*

*A los empleados de las entidades territoriales o de sus entes descentralizados que se encuentren desempeñando un cargo de carrera, sin estar inscritos en la misma, se les aplicará lo dispuesto en los Artículos 5° y 6°. de la Ley 61 de 1987, pero, se podrán tener en cuenta, además del manual general de funciones que para el sector salud expida el Gobierno Nacional, los manuales específicos de cada entidad.*

*PARÁGRAFO. Todas las autoridades nominadoras son responsables de la aplicación del régimen de carrera administrativa, so pena de incurrir en causal de mala conducta. En caso de que las entidades públicas sean condenadas, y las sentencia considere que el funcionario, autor de los actos, debe responder en todo, o en parte, la administración podrá repetir contra él, en los términos previstos en el Artículo 78 del Código Contencioso Administrativo."* (Subrayado fuera del texto original)

Así mismo, el artículo siguiente, dispuso:

*"ARTÍCULO 676. CONCURSOS. Para la provisión de los empleos de carrera del sector salud se utilizarán dos tipos de concurso, así:*

*a) Concurso abierto, es decir, aquel en el cual, pueda participar cualquier persona que cumpla con los requisitos mínimos, siempre que se presente una vacante en un cargo de carrera. Sin embargo, tendrán prelación los empleados ya inscritos en carrera en cualquier entidad del sector salud, quienes podrán, además, convalidar su calificación de servicios por puntaje, en los términos que determine el reglamento, siempre*

y cuando se observe lo ordenado en el Artículo 76 Decreto 694 de 1975.

b) Concurso cerrado, o sea, limitado a los empleados inscritos en carrera de la entidad de que se trate, para la promoción, dentro de grados de un mismo cargo o categoría, caso en el cual se podrá aceptar como puntaje exclusivamente la calificación de servicios. El concurso para ascenso de grado dentro de un mismo cargo o categoría de empleo no genera vacante en los grados inferiores.

*PARÁGRAFO. Los empleados de carrera que obtengan las mejores calificaciones de servicios, gozarán de un régimen especial de estímulos definidos en el reglamento, en el que se observará especial atención a la capacitación y el desarrollo a este personal."*

A partir de los preceptos normativos transcritos, se tiene entonces que en los organismos y entidades del sector salud, la carrera administrativa tendrá como finalidad el mejorar la eficacia de la administración y ofrecer igualdad de oportunidades para el ascenso al servicio, la estabilidad en el empleo y la posibilidad de ascender en la carrera, de conformidad a las normas del estatuto y su reglamento, en donde todas las autoridades nominadoras son responsables de dar aplicación a este régimen de carrera administrativa mencionada, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

De acuerdo a este deber que se endilga a las entidades u organismos que prestan servicios de salud, para el caso en concreto, a las Empresas Sociales del Estado, la provisión de los empleos de carrera vacantes por medio de dos tipos de concurso, el concurso abierto, en el cual podrá participar cualquier persona que cumpla con los requisitos mínimos para su desempeño, contando con prelación los empleados ya inscritos en el Registro Público de Carrera Administrativa, o por medio de concurso cerrado o limitado, en el cual solo podrán participar los empleados inscritos en carrera, caso en el cual se podrá aceptar como puntaje exclusivamente la calificación de servicios.

Ahora bien, es importante traer a su conocimiento lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 648 de 2017, a saber:

*"ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.*

*Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.*

*Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.*

*Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan."* (Subrayado fuera del texto original)

En consecuencia, para dar respuesta a su consulta, se tiene que los empleados de carrera administrativa que se encuentren en vacancia definitiva se proveerán por regla general en periodo de prueba o en ascenso, con aquellas personas que previo concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil hayan ocupado el primer puesto de la lista de elegibles que arrojo el concurso respectivo, mientras se surte este proceso de selección, el empleo vacante de carrera definitivo deberá proveerse transitoriamente a través de las figuras de encargo o mediante nombramiento provisional, cuando no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para la provisión del correspondiente empleo, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Artículo 1 de la Ley 1960 de 2019.

Por lo tanto, se tiene que de acuerdo con lo consagrado en el Artículo 23 de la Ley 909 de 2004, el nombramiento ordinario es aplicable para los empleos de libre nombramiento y remoción, por su parte, para la provisión del empleo que relaciona en su consulta, considerando que es de carrera administrativa, se proveerá en periodo de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido elegidos mediante el sistema de mérito, y mientras esto ocurre, en los términos de lo preceptuado en el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015, transitoriamente podrá proveerse mediante encargo o en su defecto, mediante nombramiento provisional.

Finalmente, y como quiera que menciona la entrada en vigencia de la Ley de Garantías, se aclara lo siguiente:

Con respecto a la aplicación de las excepciones previstas en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, me permito informarle que en el concepto emitido por la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social con radicación No. 38644 del 14 de marzo de 2006, se concluye que:

*“...considera esta Oficina que las Direcciones Territoriales de Salud como dependencias del departamento, distrito y municipio son entidades sanitarias, razón por la cual dichas direcciones territoriales por expresa disposición del segundo inciso del artículo 33 de la ley 996 de 2005, no están sujetas a la restricción que en materia de contratación prevé dicha norma.*

*De igual manera, se encuentran cubiertos por la excepción contemplada en el inciso 2 del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, las entidades hospitalarias que a la luz de las normas vigentes no son otras distintas que las Empresas Sociales del estado y todas aquellas instituciones públicas que a pesar de no haberse transformado en Empresas Sociales del Estado, prestan un servicio de salud directo sobre el usuario en su carácter general de entidad hospitalaria.”*

De acuerdo con lo anterior, las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 de la Ley 996 de 2005, para contratar directamente y vincular personal a la nómina estatal, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios. Dentro de esas excepciones se encuentran las contrataciones y vinculaciones que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

Según el Consejo de Estado, durante las campañas presidenciales los organismos y entidades nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, las entidades sanitarias y hospitalarias, pueden proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan vacantes, en virtud de las excepciones señaladas en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, a las cuales remite el inciso segundo del artículo 32 de la mencionada ley.

Por lo anterior, esta Dirección Jurídica considera que las entidades sanitarias y hospitalarias, como es el caso de las Empresas Sociales del Estado ESE, se encuentran exceptuadas de las restricciones contenidas en la Ley 996 de 2005, en consecuencia, se concluye que podrán realizar los nombramientos que consideren necesarios para cumplir con su objeto misional, si fuere ese el caso de su consulta.

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 </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: María Camila Bonilla

Revisó: Harold I. Herreño

Aprobó: Armando López C.

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.”
2. “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.”
3. “Por el cual se expide el estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”
4. Reglamentario Único para el Sector Función Pública.

5. Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:57:03*