



Función Pública

Concepto 461771 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000461771

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000461771

Fecha: 22/12/2021 06:33:56 p.m.

Bogotá

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Modificación de planta de personal y provisión de empleos en una Empresa Social del Estado en vigencia de la Ley de garantías. Radicado 20212060710372 del 19 de noviembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta sobre la posibilidad de modificar la planta de personal y hacer la provisión de empleos en una Empresa Social del Estado en vigencia de la Ley de garantías, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que la Ley [996](#) de 2005 consagró lo siguiente:

"ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

-

PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos".

"ARTÍCULO 33.- Restricciones a la contratación pública. - Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias".

"ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

PARÁGRAFO.

(...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Es importante tener en cuenta que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con Radicación Interna No. **1.985** (11001-03-06-000-2010-00006-00) de fecha 4 de febrero de 2010, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, señaló:

“Se tiene pues que, tratándose de las campañas presidenciales, la prohibición de hacer vinculaciones en la nómina, bajo cualquier forma, rige para la rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas; para sus efectos, es indiferente que en la respectiva campaña presidencial participen como candidatos, el Presidente o el Vicepresidente de la república en ejercicio, pues los artículos 32 y 33 no distinguen entre estas situaciones.”

Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, 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; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes.

Ello significa que durante las campañas presidenciales los organismos y entidades nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, con funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, las entidades sanitarias y hospitalarias, y los responsables de la educación y las infraestructuras vial, energética y de comunicaciones en los solos eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, pueden proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan vacantes.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Del mismo modo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto con Radicación Interna No. **2191** (11001-03-06-000-2013-00534-00) de fecha 3 de diciembre de 2013, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, afirmó:

“(iv) Las excepciones aplicables a la restricción de la vinculación que afecte a la nómina estatal.

El Presidente de la República deberá suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal que maneje, durante los seis (6) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, salvo en los siguientes casos: (i) defensa y seguridad del Estado; (ii) crédito público; (iii) para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; (iv) reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y (v) las vinculaciones de las entidades sanitarias y hospitalarias.

Teniendo en cuenta este listado de excepciones se encuentra entonces que durante las campañas presidenciales serían los organismos y entidades, nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, con funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, las entidades sanitarias y hospitalarias, y los responsables de la educación y las infraestructuras vial, energética y de comunicaciones en los eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, los que podrían proveer sus vacantes sin tener en consideración la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo.”

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.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, las excepciones establecidas en los artículos 32, 33 y 38 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; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes. 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 y párrafo del artículo 38 de la mencionada ley.

Ahora bien, respecto de la viabilidad de modificar la planta de personal, es importante tener en cuenta que la Circular No. 016 de 2013 de la Procuraduría General de la Nación, señaló:

“De conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de Entidades Descentralizadas del orden. Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a Congreso de la República, programadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil para el 9 de marzo de 2014, es decir, a partir del 9 de noviembre de 2013, así como dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales que se realizarán el 25 de mayo de 2014, esto es, a partir del 25 de enero de 2014, no podrán:

(...)

1004 Modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, salvo que se trate de la provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente, debidamente aceptada y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

-

Estas restricciones aplican a la Rama Ejecutiva del Poder Público de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De conformidad con lo señalado, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de proveer cargos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte, que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos.

Del mismo modo, se considera importante citar el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado en el cual al analizar la situación de una Empresa Social del Estado que estaba intervenida por la Superintendencia Nacional de Salud y respecto de la que se había decidido su liquidación en vigencia de la Ley de garantías, consideró:

(...) “Se constata entonces que las funciones de inspección, control y vigilancia del Estado sobre la salud, dentro de las cuales se encuentran las medidas de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar, tienen una relación de medio a fin con el propósito constitucional de garantizar la prevalencia del interés general de la sociedad en un servicio público de salud eficiente, oportuno y transparente. Como ha señalado la jurisprudencia, “dada la importancia de estas labores para el adecuado funcionamiento del sistema, especialmente para evitar que los intereses particulares se antepongan a la realización del derecho fundamental a la salud, estas funciones, puede afirmarse, son un elemento del servicio mismo y un mecanismo de protección y satisfacción del derecho.”

Por tanto, si se reúnen los presupuestos legales para el efecto y siempre que las medidas adoptadas se ajusten a la finalidad para la cual están previstas (protección del derecho fundamental a la salud, cumplimiento de las normas que regulan la actividad, garantía de prestación y continuidad del servicio y adecuada destinación de los recursos del sistema), la Superintendencia Nacional de Salud, como ente encargado de la inspección, control y vigilancia del sector, cuenta con la competencia suficiente para adoptar una medida de intervención para administrar y, si el del caso para liquidar, a las instituciones públicas o privadas encargadas de la prestación del servicio.

(...)

2. La reducción de la nómina de la entidad por efecto de la liquidación: no está prohibida por la ley de garantías electorales.

Ahora bien, como señalan los organismos consultantes, uno de los efectos propios de la orden de liquidación de una entidad intervenida es la reducción de su nómina como consecuencia de la imposibilidad de seguir desarrollando su objeto social y de la limitación de su actividad únicamente a los fines propios del cierre de sus operaciones. En ese sentido, corresponde al liquidador designado por la Superintendencia de Salud, entre otros aspectos, terminar los contratos vigentes que no se requieran para la liquidación.

Para los organismos consultantes surge el interrogante de si el liquidador designado por la Superintendencia Nacional de Salud para la liquidación del Hospital Departamental de Cartago E.S.E., estaría impedido temporalmente para reducir la planta de personal de la entidad intervenida en razón de la limitación prevista en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la

Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías Electorales), el cual prohíbe modificar las nóminas departamentales dentro de los cuatro (4) meses anteriores a una contienda electoral:

“ARTÍCULO 38. (...) PARÁGRAFO. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participe n voceros de los candidatos.

La nomina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa (se resalta).

De la simple revisión de los sujetos pasivos de la prohibición -definidos en el primer inciso del párrafo (gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital)-, puede concluirse con facilidad que las limitaciones allí previstas no cobijan al liquidador designado por la Superintendencia de Salud, el cual se encuentra por fuera de las categorías de funcionarios enunciadas en la norma. Como dijo esta Sala en relación con el alcance específico de la disposición analizada: “siendo, las normas que consagran prohibiciones o limitaciones al ejercicio de un derecho o de las funciones atribuidas por ley a un servidor público, de aplicación restrictiva, en opinión de esta Sala, no es viable extender su aplicación a casos no contemplados en el artículo 38 de la ley de garantías.”

Pero además la Sala observa que los fines de la Ley 996 de 2005 (garantizar la transparencia de los debates electorales) y en particular los del ultimo inciso del párrafo transcrito (proteger a los servidores territoriales de todo tipo de presión o interés indebido durante la etapa previa a las elecciones), no se oponen ni impiden el ejercicio de las funciones estatales de regulación y supervisión sobre el sector de la salud.

En efecto, no obstante que el legislador estatutario ha obrado con un alto grado de rigor y severidad para proteger la estabilidad de los servidores territoriales en época electoral (la prohibición cobija a todas las autoridades nominadoras y a todas las entidades del ente territorial) y para evitar que los cargos públicos se utilicen con fines electorales, tal situación no podría comportar una limitación de las facultades de inspección, control y vigilancia que desde la Constitución se imponen para la protección y defensa del interés general. Especialmente porque en casos como el analizado lo que se compromete con el aplazamiento de las medidas de intervención (en tanto que no admitan una solución distinta y sean impostergables) es la garantía debida por el Estado a los usuarios del sistema de salud en relación con su funcionamiento y con la prestación efectiva y oportuna de ese derecho fundamental.

Por tanto, si bien la expresión “no se podrá modificar la nómina” comprende, como ya lo había advertido la Sala, tanto la prohibición de hacer nuevas vinculaciones (se evita que el empleo público sea utilizado para buscar el voto del servidor beneficiado y sus allegados) como la de desvincular servidores (se protege al empleado perteneciente a una inclinación política distinta a la del nominador), lo cierto es que tal restricción no se aplica en el contexto de los procesos de liquidación forzosa administrativa, los cuales, como se ha expuesto, son expresión de las funciones constitucionales de inspección, control y vigilancia de las actividades y servicios de interés general.

No sobra advertir, claro está, que si la medida de intervención para liquidar -y la consecuente reducción de la nómina estatal- se adopta sin que estén dados todos los presupuestos legales o con fines distintos a los previstos en la norma habilitante (por ejemplo, por motivos electorales), el respectivo acto administrativo estará viciado de nulidad (artículo 137 CPACA) y la autoridad que adoptó la decisión será responsable patrimonial y fiscalmente por sus consecuencias. Dicho de otro modo, la inaplicación del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 al asunto consultado no significa en ningún caso que la orden de liquidación pueda usarse en contravía de los fines de imparcialidad y transparencia del debate electoral.

También debe señalarse que la solución dada en este concepto no se podría extender a los casos en que la supresión o reestructuración de una entidad territorial no tiene fundamento en las funciones constitucionales de inspección, control y vigilancia antes expuestas (que resultan forzosas y son altamente regladas), sino en la facultad general del Estado de establecer o modificar su estructura (artículo 26122 del Decreto Ley 1222 de 1986 en relación con las entidades departamentales y artículo 91-d-323 de la Ley 136 de 1994 respecto de las entidades municipales), pues en estos casos no solo coincidirían los sujetos pasivos de la restricción prevista en el párrafo del artículo 38 analizado, sino que además los alcaldes, gobernadores y directores de entidades descentralizadas podrían invocar consideraciones de conveniencia y oportunidad que llegarían a confundirse o resultar contrarias a los fines de la Ley 996 de 2005. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con lo señalado por la Sala de Consulta del Consejo de Estado cuando la reestructuración de una entidad no tenga como fundamento las funciones constitucionales de inspección, control y vigilancia, sino en la facultad general del Estado de establecer o modificar su estructura, la prohibición cobijaría a las autoridades nominadoras y a todas las entidades del ente respectivo.

En este orden de ideas, nos permitimos transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

¿Una Empresa Social del Estado de una entidad Territorial, puede adelantar una modificación de la nómina de funcionarios públicos de las áreas administrativas y misionales?

En caso de que la “modificación de la nómina” a que hace alusión en su consulta se refiera a la modificación de la planta de personal de la entidad, deberá observarse lo expuesto en cuanto a la facultad de la administración que se esté utilizando.

¿Una Entidad Territorial del orden Departamental puede realizar nombramientos en cargos que se encuentren en vacancia temporal? (el funcionario de carrera, titular del cargo se encuentra encargado en un grado superior)

Las excepciones establecidas en los artículos 32, 33 y 38 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; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes. Dentro de esas excepciones se encuentran las contrataciones y vinculaciones que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

¿Una Entidad Territorial del orden Departamental puede realizar nombramientos en cargos que se encuentren en vacancia definitiva?

Se reitera que Las excepciones establecidas en los artículos 32, 33 y 38 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; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes. Dentro de esas excepciones se encuentran las contrataciones y vinculaciones que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección Jurídica y respondiendo puntualmente su interrogante, las Empresas Sociales del Estado como entidades hospitalarias se encuentran incluidas dentro de la excepción señalada en los artículos 32, 33 y 38 de la Ley 996 de 2005 y por consiguiente es procedente que dichas empresas contraten y realicen vinculación de personal para proveer los cargos que se encuentren vacantes.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “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”.

2. Retomada entre otras por la Circular 007 de 2017 y la Circular 007 de 2019.

3. Consejero ponente: Germán Alberto Bula Escobar, Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00136-00(2265).

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:11:29