



# Concepto 451671 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000451671\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000451671

Fecha: 17/12/2021 10:04:06 a.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Ley de Garantías. Vinculación de servidores públicos en una ESE. Celebración de convenios interadministrativos. Modificación del Manual de Funciones y Competencias Laborales. RAD.: 20212060705612 del 17 de noviembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, remitida por la Procuraduría General de la Nación mediante oficio No. S-2021-060367, en la cual consulta acerca de la aplicación de la Ley de Garantías Electorales en las Empresas Sociales del Estado, me permito manifestarle lo siguiente:

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". (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

*"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". (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

*"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." (Destacado nuestro)*

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, con ponencia del Magistrado 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." (Subrayado nuestro)

A su vez, esa misma Corporación, 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. (49)"* (Subrayado nuestro)

Por otro lado, 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, 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 parágrafo del artículo 38 de la mencionada ley.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, 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. Por consiguiente, es procedente que dichas empresas contraten personal y realicen vinculación para proveer los cargos que se encuentren vacantes.

Adicionalmente, se precisa que la Ley de Garantías Electorales no establece restricciones para que las entidades estatales adelanten la modificación o actualización de los manuales de funciones y de competencias laborales, por lo que esta Dirección Jurídica infiere tal actuación administrativa podrá adelantarse en el período de aplicabilidad de la norma referida.

Finalmente, en caso de presentarse inquietudes adicionales respecto de la contratación directa o de la celebración de convenios interadministrativos por parte de entidades públicas durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales, se sugiere acudir a la Agencia

Nacional de Contratación Colombia compra Eficiente, entidad competente para pronunciarse sobre el particular.

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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:06:57