



Función Pública

Concepto 087181 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000087181

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000087181

Fecha: 22/02/2022 05:16:24 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Ley de garantías. Radicado: 20229000029252 del 17 de enero de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

¿Cuál es el alcance del concepto con radicación 11001-03-06-000-2007-00061-00(1839) del 26 de julio de 2007, de la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, para las Empresas Sociales del Estado, si se llegaren a considerar excepciones en las restricciones de la Ley 996 de 2005?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005 tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones a la vinculación a la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del poder público y a la contratación pública por parte de todos los entes del Estado. Esta ley señaló en los artículos 32 y 33, 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.

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.

(...)

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).

Conforme a lo anterior, tanto la vinculación en nómina como la contratación pública exceptúa a las entidades sanitarias y hospitalarias, como las Empresas Sociales del Estado, sin hacer ningún tipo de restricción, tal como así lo expresó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto con Radicado Interno núm. 2191 (11001-03-06-000-2013-00534-00) de fecha 3 de diciembre de 2013, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas:

(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) la 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.

b) Restricciones en materia de contratación pública durante la campaña presidencial. Artículo 33 de la ley 996 de 2005

Como lo ha señalado la Sala en anteriores oportunidades, teniendo en cuenta que la contratación pública es uno de los principales instrumentos del Estado para el cumplimiento de sus fines y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, y una actividad transversal que permite a todas las entidades estatales el cumplimiento de su misión y funciones no solo para periodos electorales o preelectorales, se ha considerado necesario proscribir cualquier forma de contratación que busque favorecer partidos o candidatos políticos.

Sin embargo, la ley 996 de 2005, en procura de la igualdad entre los candidatos, extremó las garantías en materia de contratación, al punto de impedir de la utilización del mecanismo de contratación directa. Dispuso al respecto el artículo 33 de la ley 996 de 2005 sobre las restricciones a la contratación pública, lo siguiente:

“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”.

Sobre las restricciones del artículo 33 de la ley 996 de 2005, se pueden destacar los siguientes elementos:

(i) Los límites temporales de la restricción

El término que estableció el artículo 33 de la ley 996 de 2005 para que sea aplicable la restricción a la contratación pública a todos los entes del Estado fue de cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta; sin embargo, la prohibición a que se refiere esta disposición se hace efectiva, únicamente para el Presidente o el Vicepresidente de la República, desde que manifiestan el interés de presentarse como candidatos, esto es, seis meses antes de la votación en primera vuelta, según el artículo 9 ibídem.⁵¹

(ii) Los sujetos destinatarios de la prohibición

El artículo 33 de la ley 996 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición señalando que son “todos los entes del Estado”,

expresión que envuelve a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos.

El vocablo “todos” que utilizó el legislador comprende en consecuencia, sin distinción del “régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, a la totalidad de los entes del Estado. Es decir, la prohibición cobija a cualquier ente público que eventualmente pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a las elecciones presidenciales.

Es claro que cuando el Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio aspiran a la reelección son sujetos destinatarios de esta disposición restrictiva⁵³.

(iii) El objeto de la prohibición

El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión “queda prohibida la contratación directa”.

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado “contratación directa” es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cualquier otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, a saber: la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada. Por tal razón en ese periodo de restricción podrá seguir contratando bajo estos sistemas.

(iv) Las excepciones aplicables a la restricción de contratación pública

Las únicas excepciones a las disposiciones previstas en la Ley de Garantías se encuentran numeradas taxativamente en el último inciso del artículo 33 de la ley 996 de 2005, dentro de las que se encuentran lo referente a la defensa y seguridad del Estado; los contratos de crédito público; los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; 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.

En ejercicio del control constitucional previo sobre la ley estatutaria 996 de 2005, la Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005, al analizar el artículo 32 vinculándolo con las excepciones previstas en el artículo 33 sobre prohibición en la contratación pública, consideró que “si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación.”

Igualmente, cabe señalar que las excepciones a la restricción protegen a las entidades correspondientes que manejen esos asuntos ante diversas situaciones de urgencia que deban ser atendidas por ellas con prontitud en cumplimiento de sus funciones y los fines del Estado, pues una aplicación desproporcionada de la norma prohibitiva podría llevarlas a encrucijadas administrativas insalvables y generar en consecuencia efectos negativos para la buena marcha de la administración y para el interés general.

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, 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 como ocurre con las entidades sanitarias y hospitalarias.

Así también lo sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia C-1153/05, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, cuando efectuó el control constitucional del entonces proyecto de ley de la actual ley de garantías, al declarar exequible el inciso primero del artículo 32 y la literalidad del artículo 33 en cuanto a las excepciones en ellos previstas, al considerar que:

De otra parte, para la Sala el inciso primero se ajusta a la Constitución, pues la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.

Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la

prohibición de contratación.

En efecto, las excepciones de limitación protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral

(...).

Por lo tanto, para el Alto Tribunal Constitucional las excepciones previstas en el artículo 32 y 33 se ajustan a la normativa Superior; en razón a que, si bien, el objetivo de la Ley 996 es evitar el favorecimiento a determinado político, tal restricción no puede limitar el cumplimiento de los fines, entre otros, de las entidades que provean servicios sanitarios y hospitalarios.

Ahora bien, resulta procedente pronunciarnos respecto al Concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, del 26 de julio de 2007, Radicación: 1001-03-06-000-2007-00061-00, Número: 1.839, citado en su consulta, referente al alcance de la prohibición contenida en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 de modificar la nómina de las Empresas Sociales del Estado en época preelectoral, en el cual se concluye:

El caso concreto. Alcance de la prohibición de modificar la nómina de las empresas sociales del Estado.

(...)

A partir de la naturaleza jurídica de las empresas sociales del Estado y del carácter de servidores públicos que tienen las personas que a ellas se vinculan, considera la Sala que la ley 996 de 2005, les resulta plenamente aplicable y como destinatarios que son del régimen de prohibiciones preelectorales contenido en el artículo 38 ibídem, les está vedado realizar las conductas descritas en los numerales 1, 2 y 3 de dicha norma.

En particular, sobre la restricción temporal de modificar la nómina consagrada en el último inciso del párrafo del artículo en comento, considera esta Sala que los gerentes de las mismas dentro de los cuatro meses anteriores a la elección no pueden nombrar, ni remover a ninguno de sus funcionarios, salvo en los casos expresamente exceptuados.

Tampoco, pueden las juntas directivas en las que participen los gobernadores, alcaldes, secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, que son servidores públicos autorizar u ordenar la reestructuración de la planta de personal de este tipo de empresas, pues la consecuencia jurídica de esta decisión, es la desvinculación de personal y eventualmente la incorporación, o vinculación de nuevos empleados.

Por consiguiente, la función otorgada en el artículo 11 del decreto reglamentario 1876 de 1994, que establece que las juntas directivas de las empresas sociales del Estado creadas por Ley, Decreto, Ordenanza o Acuerdo, pueden aprobar las modificaciones a la planta de personal, para su posterior adopción por la autoridad competente, no se puede ejercer durante el período preelectoral de cuatro meses anteriores a las elecciones territoriales. Cabe mencionar en este punto, que el legislador a través de la ley estatutaria de garantías electorales busca que la voluntad de los electores esté desprovista de cualquier influencia que provenga de la acción u omisión de servidores públicos, así como, garantizar la objetividad y transparencia de las decisiones administrativas.

(...)

Esta Sala en el concepto No. 1727 de 2006, advirtió expresamente que el régimen de prohibiciones o restricciones de esta ley estatutaria exige de los órganos y entidades a las que les es aplicable, la responsabilidad de planear con suficiente antelación, la gestión contractual, a lo cual es procedente adicionar, la responsabilidad de asumir compromisos contractuales que estén en consonancia con lo dispuesto en la ley estatutaria de garantías electorales.

Por último, cabe precisar los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2005 no son aplicables a procesos electorales distintos a los presidenciales y la excepción que habilita las entidades sanitarias y hospitalarias a vincular personal a la nómina estatal y celebrar, durante los cuatro meses anteriores a la elección, contratos directamente, debe entenderse circunscrita a la necesidad de conjurar situaciones de emergencia que puedan afectar la salubridad pública como elemento del orden público y social, por ejemplo, *"la adquisición de un insumo esencial para la prestación de un servicio (...) que mientras se adelanta el trámite de la licitación pública (...)"*. Así lo entendió la Corte Constitucional que al estudiar la constitucionalidad de estas normas, manifestó que las excepciones de limitación protegen *"diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas"* y declaró inexecutable la expresión *"adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración"*, por ser demasiado amplia e indeterminada y permitir incluir numerosas excepciones que desdibujarían la prohibición original.

Acorde con el Consejo de Estado, la ley de garantías se fundamenta en los principios de objetividad y transparencia durante el periodo electoral, a fin de evitar influenciar la libertad del elector por la acción u omisión de los servidores públicos. Además, en lo referente a la contratación estatal resalta que las entidades del estado deben planear con suficiente antelación las gestiones contractuales que considere pertinentes durante el tiempo de elecciones a fin de evitar transgredir los fines previstos en la Ley 996 de 2005.

Entonces, si bien las entidades sanitarias y hospitalarias están exceptuadas de las prohibiciones de la ley de garantías electorales para vincular personal y celebrar contratos, en términos de la Alta Corporación tales prerrogativas se derivan de situaciones de emergencia cuando se afecte la salubridad pública; en otras palabras, cuando se trate de gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la entidad, a fin de cumplir con los fines previstos en la ley de garantías electorales.

Sin embargo, frente a este punto, es importante mencionar el criterio de la Sentencia C-1153 de 2005, arriba mencionada, donde la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión: *Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración*, prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, por las razones que se transcriben a continuación:

No obstante, la expresión *“adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración.”* es demasiado amplia y, por su considerable indeterminación semántica, termina permitiendo incluir numerosas excepciones que desdibujarían la prohibición original. En esta medida, no se conseguiría la garantía pretendida.

Lo *inaplazable* e *imprescindible* son conceptos sometidos a una indeterminación de carácter evaluativo que deriva en que aquello que es impostergable o no prescindible para un sujeto puede no serlo para otro, según su perspectiva. Lo mismo sucede con la expresión normal funcionamiento. La determinación del estado de normalidad o anormalidad del funcionamiento de la administración puede oscilar ampliamente.

Por lo tanto, las entidades sanitarias y hospitalarias, como las Empresas Sociales del Estado, están exceptuadas de las restricciones de la ley de garantías, toda vez que en términos de la Corte Constitucional lo inaplazable o imprescindible se evalúa según las distintas perspectivas con las que se analice y varía según el quehacer diario de la administración.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, esta Dirección Jurídica considera que las entidades hospitalarias se encuentran incluidas dentro de la excepción prevista en los artículos 32, 33 y 38 de la Ley 996 de 2005 para realizar tanto vinculaciones en su nómina como para celebrar contratos públicos.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:18:34