



Concepto 185851 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000185851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000185851

Fecha: 20/05/2022 08:54:11 a.m.

Referencia: EMPLEO. Ley de garantías-. Uso de la figura de provisionalidad. Radicado. 20229000180182 de fecha 28 de Abril 2022.

En atención a la comunicación de la referencia por medio de la cual consulta: "(...) Puede una entidad pública como las empresas sociales del estado realizar nombramientos de planta provisional durante el período de ley de garantías establecida en la circular conjunta 100-006 del 2021 (...)"

Es importante indicarle que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante, a modo de información general respecto de la situación planteada por usted, se le informa 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". (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.

Elo 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- 000-201300534-00) 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.

En caso de requerir información adicional respecto de 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, al enlace [/eva/es/gestor-normativo](#), en el que 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: Michel Tatiana Rivera Rodríguez

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:27:52