



Concepto Sala de Consulta C.E. 1839 de 2007 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Bogotá, D.C, veintiséis (26) de julio de dos mil siete (2007)

Radicación: 1001-03-06-000-2007-00061-00

Número: 1.839

Referencia: Alcance de la prohibición contenida en el parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005 de modificar la nómina de las Empresas Sociales del Estado en época preelectoral.

El señor Ministro de la Protección Social, doctor Diego Palacio Betancourt, solicitó concepto a esta Sala, en relación con la viabilidad de realizar ajustes en la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular en las entidades territoriales. Al efecto formuló la siguiente pregunta:

"¿Pueden efectuarse procesos de ajuste de la planta de personal durante el tiempo señalado en el artículo 38 de la ley 996 de 2005, en las Empresas Sociales del Estado de los órdenes departamental, distrital o municipal, en el marco del programa de reorganización, rediseño y modernización de los prestadores públicos de servicios de salud, teniendo en cuenta que la modificación de la planta obedece a obligaciones adquiridas por la Empresa Social del Estado con anterioridad al inicio de la restricción electoral, que es planeada con anterioridad por la institución, presentadas ante el Ministerio de Protección Social y viabilizada por el Departamento Nacional de Planeación y que tales ajustes están estrechamente ligados a garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud?"

Como antecedente de la consulta, manifiesta, que la modificación de la planta de personal de las empresas sociales del Estado, responde a criterios técnicos en el marco del programa de reorganización, rediseño y modernización de los prestadores de los servicios de salud liderado por el Gobierno Nacional. En desarrollo de este programa, las empresas sociales del Estado han suscrito convenios de desempeño, en los cuales, se han comprometido a realizar los ajustes que resulten necesarios y urgentes en la planta de personal que permita garantizar la sostenibilidad en el mediano plazo de la red pública hospitalaria y la eficiencia, la continuidad en la prestación de los servicios de salud.

Adicionalmente, señala que el artículo 38 de la ley 996 de 2005, se refiere únicamente a la nómina del respectivo ente territorial o entidad, queriendo significar que es aquella que depende del gobernador o alcalde y no de otros organismos como los son las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado.

[Ver el Concepto del Consejo de Estado 1720 de 2006](#), [Ver el Concepto de la Sec. General 02 de 2010](#)

Para responder la Sala considera:

Con el propósito de dar respuesta al problema jurídico formulado por el señor Ministro de la Protección Social, la Sala, procede a transcribir el artículo 38 de la ley 996 de 2005, según el cual:

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

1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.
2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.
3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.
4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o

actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.

5. Aducir razones de "buen servicio" para despedir funcionarios de carrera.

"La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

"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.

"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 participen voceros de los candidatos.

"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 fuera del texto original)

A continuación la Sala hará unas breves consideraciones sobre la aplicación de las restricciones temporales contempladas en esta disposición de la ley estatutaria a los procesos electorales para elegir por voto popular los servidores públicos del orden territorial y los sujetos pasivos cobijados por dicha norma.

I. Facultad de intervención en política de los servidores públicos. Aplicación de las prohibiciones del artículo 38 de la ley 996 de 2005, a los procesos electorales territoriales.

La ley estatutaria de garantías electorales está dividida en tres títulos que se desarrollan en 42 artículos. El título primero contiene normas generales que delimitan su objeto y definen algunos conceptos básicos. El título segundo desarrolla la temática propiamente dicha de la campaña presidencial y el título tercero, en el cual está ubicado el artículo 38, establece las disposiciones relacionadas con la facultad de intervención en política de los servidores públicos.

De conformidad con las reglas de la técnica legislativa, la división de una ley en títulos implica que la misma está integrada por partes claramente diferenciadas como, por ejemplo, una general y otra especial, o una de derecho sustantivo y otra de procedimiento. En el caso de la ley que nos ocupa, dicha división encuentra sustento en que algunas de sus normas son particulares para el evento en que el Presidente o el Vicepresidente de la República participen como candidatos en las elecciones presidenciales, y las demás son reglas generales aplicables también a los procesos electorales que se adelanten en las entidades territoriales.

En concordancia con lo anterior, esta Sala, en los conceptos 1720 y 1736 de 2006, conceptuó que el artículo 38 de la ley 996 de 2005 consagra de manera genérica una serie de prohibiciones aplicables a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere esta ley - incluido el de Presidente de la República-, en los siguientes términos:

"(...) la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley-incluido el de Presidente de la República - ; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38." (Resalta la Sala).

Así las cosas, resulta claro que el artículo 38 de la ley de garantías electorales abarca las elecciones presidenciales y a las de carácter territorial, por ende, las prohibiciones en ella contenidas deben observarse durante el período preelectoral previsto en la misma.

II. Sujetos o destinatarios de las prohibiciones del artículo 38 de la ley 996 de 2005.

Desde una perspectiva subjetiva, es necesario distinguir entre las prohibiciones contenidas en los numerales 1º, 2º, 3º y 4º y las contenidas en el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 123 Constitucional, los destinatarios de las prohibiciones contenidas en los citados numerales de la norma en comento, son los miembros de corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en tanto, éstas son de carácter general. Mientras que, las restricciones del parágrafo son temporales y están dirigidas a unos sujetos o destinatarios específicos: "los Gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios,

gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital", con el fin de evitar que utilicen los recursos, la burocracia y en general los medios que poseen en razón de sus cargos para romper el equilibrio entre los candidatos a las diferentes corporaciones o cargos del nivel territorial.

En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas.

Como tampoco, podrá modificarse la nómina de las entidades o empresas en las cuales, éstos participen como miembros de sus juntas directivas.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-1153 de 2007, sobre este particular, sostuvo:

"(...) encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo".

En concepto de esta Sala, la fuente de esta prohibición es el artículo 125 de la Carta, que proscribe la afiliación política de los ciudadanos como un factor determinante para el nombramiento, el ascenso o la remoción de una persona en un empleo y, por su puesto, el principio de igualdad que rige los procesos electorales.

III. Alcance de las excepciones a las prohibiciones temporales consagradas en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005.

En virtud de lo dispuesto en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la ley estatutaria de garantías electorales, 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 en dos casos:

La provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y

Aplicación de las normas de carrera administrativa.

Estas excepciones desde una perspectiva constitucional son razonables, en la medida en que los nombramientos que la ley autoriza realizar se fundamentan en hechos objetivos: la renuncia irrevocable o la muerte del servidor que se reemplaza. Se trata entonces de una autorización que por vía de excepción permite proveer un cargo en razón a la necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo.

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.

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

Las empresas sociales del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 194 de la ley 100 de 1993¹, en concordancia con lo previsto en los artículos 38 y 68 de la ley 489 de 1998, constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso.²

Las personas vinculadas a este tipo de empresas tienen el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales. En materia contractual se rigen por el derecho privado, pero podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas excepcionales previstas en la ley 80 de 1993 (artículo 195 *ibídem*).³

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 1º, 2º y 3º 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 ésta 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.

Ahora bien, teniendo en cuenta, las reglas de interpretación en materia de normas de carácter exceptivo, considera esta Sala que no es viable extender las salvedades previstas en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005, que se contraen a la provisión de un cargo en razón a la renuncia irrevocable o la muerte de quien lo desempeñaba, a eventos no previstos por el legislador, como el de las modificaciones de planta de personal que se generen dentro de los procesos de reestructuración, máxime si se considera que, en línea de principio, todos los procesos de esta naturaleza deben estar precedidos de estudios técnicos y obedecer estrictamente a razones del servicio.

En relación con los argumentos que a juicio de la entidad consultante justifican la viabilidad de modificar la planta de personal de las empresas sociales del Estado que están en el programa de reorganización, rediseño y modernización liderado por el Gobierno Nacional, inclusive durante los cuatro meses anteriores a las elecciones de alcaldes y gobernadores, considera esta Sala que, si bien es cierto, muchas de estas empresas deben reestructurarse para cumplir con los parámetros de eficiencia en la prestación de los servicios públicos, previstos en el artículo 365 de la Constitución Política, también lo es, que la ley estatutaria de garantías es exigible desde la fecha de su publicación en el diario oficial No. 46. 102, es decir, el 24 de noviembre del año 2005.

Esto significa que los convenios, los compromisos y el cronograma de ejecución que los directivos o servidores públicos hubiesen acordado en el marco del programa de reorganización de las redes públicas de prestadores de servicios de salud, debieron consultar el régimen de prohibiciones contenido en ella o ajustarse a la misma.

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 (...)*".⁴ 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.

LA SALA RESPONDE:

No pueden efectuarse procesos de ajuste de la planta de personal durante el tiempo señalado en el artículo 38 de la ley 996 de 2005, en las Empresas Sociales del Estado de los órdenes departamental, distrital o municipal.

Transcríbese al señor Ministro de la Protección Social. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Secretaria de la Sala

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹Ley 100 de 1993. "Artículo 194.- Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa (...)".

² Corte Constitucional. Sentencia C-665 de 2000 Las empresas sociales del Estado son entes que no pueden confundirse con los establecimientos públicos y que constituyen una nueva categoría de entidad descentralizada (...)".

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 23 de marzo de 2006. Expediente No. 3757-03. "(...) dentro de la clasificación del personal **Concepto Sala de Consulta C.E. 1839 de 2007 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil**

en las E.S.E., se desempeñan tanto empleados públicos de libre nombramiento y remoción como de carrera administrativa".

4 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1727 de 2006.

Fecha y hora de creación: 2024-07-18 08:45:32