



Concepto 454391 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000454391

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000454391

Fecha: 03/01/2022 12:57:33 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPLEO - Ley de garantías. Radicado No. 20212060726682 de fecha 01 de diciembre de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta: "La Superintendencia Nacional de Salud, en este momento tiene a la ESE Hospital San José de Maicao Guajira en medida de intervención forzosa administrativa para administrar y requiere a discrecionalidad remover Agente Especial Interventor y nombrar otro. La consulta es: ¿La ley de garantías no interfiere en esta decisión?"; al respecto me permito informarle lo siguiente:

Sobre las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005, es necesario tener en cuenta lo expuesto en la circular conjunta 100-006 de 2021, la cual establece:

Prohibiciones durante la campaña presidencial:

- Durante la campaña presidencial no se pueden aumentar los recursos destinados a la publicidad del Estado. La publicidad del Estado no se podrá utilizar como propaganda política de los candidatos o partidos políticos o movimiento políticos o sociales. La prohibición de "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 impresa pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley."

- Con respecto a la 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, es decir, desde el 29 de enero de 2022 y hasta la elección en segunda vuelta, si fuere el caso.

Queda exceptuada de la anterior restricción, 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,
- Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. (Resaltos propios)

Así las cosas, de acuerdo con lo anterior y en concordancia con el inciso 2º del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, las entidades sanitarias y hospitalarias están exceptuadas de las restricciones antes mencionadas.

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." (Resalto 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." (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." (Subrayado nuestro)

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.

Por otra parte, sobre el cargo de Agente Especial Interventor, la Resolución 2599 del 06 de septiembre de 2016, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, establece:

ARTÍCULO 10. NATURALEZA DE LOS CARGOS DE AGENTE INTERVENTOR, LIQUIDADOR Y CONTRALOR. Los agentes interventores, liquidadores y contralores, además de cumplir funciones públicas transitorias, son auxiliares de la justicia y su oficio es público, ocasional, indelegable, de libre nombramiento y remoción. Así mismo, este oficio en ningún caso implica el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Estos cargos deben ser ejercidos por personas de conducta intachable, deben gozar de excelente reputación y ser idóneas para cumplir con su función, la cual deben desarrollar con imparcialidad e independencia.

En consecuencia, las normas sobre ejercicio de la función pública y sobre auxiliares de la justicia les son plenamente aplicables, sin perjuicio de que las normas aquí consagradas, tanto en materia sustancial como procedural, tengan aplicación preferente, por tratarse de normas especiales.

(...)

ARTÍCULO 2o. DEL CARGO DE AGENTE INTERVENTOR. El agente interventor es la persona natural o jurídica que participa en la medida de toma de posesión o de intervención forzosa administrativa para administrar. Sus funciones serán las asignadas por la ley, en especial, la de actuar como representante legal y administrador de la entidad objeto de la medida, para lograr el aseguramiento en salud, la continuidad en la garantía de los derechos en salud de los usuarios, o la continuidad del objeto social, según sea el caso, a cargo de dicha entidad, así como determinar en el menor tiempo posible si la entidad tiene viabilidad económica y financiera o si debe iniciar el trámite de intervención forzosa administrativa para liquidar. (Resalto propio)

De acuerdo con lo expuesto, el cargo que se pretende remover (Agente Especial Interventor), es de libre nombramiento y remoción, si se trata de una persona natural. Adicionalmente, dentro de sus funciones están la de fungir como representante legal y administrador del respectivo Hospital y tiene como propósito lograr el aseguramiento en salud, la continuidad en la garantía de los derechos en salud de los usuarios, entre otras.

Así las cosas, de acuerdo con lo analizado, en criterio de esta Dirección jurídica, por tratarse de una entidad hospitalaria, las restricciones de la Ley de garantías no infieren en la decisión que tome la entidad con relación al caso expuesto, es decir, es una situación que está dentro de las excepciones legalmente establecidas, máxime si se tiene en cuenta que el funcionario objeto de consulta no cumple sus funciones en la superintendencia, sino, como lo determina la Resolución 2599 del 06 de septiembre de 2016, cumple sus funciones en la entidad objeto de la medida de intervención, esto es, en la Empresa Social del Estado.

Por último, es necesario aclarar que la aplicación de la Ley de garantías para las entidades del orden Nacional, como el caso de la Superintendencia Nacional de Salud, inicia desde el 29 de enero del 2022.

Finalmente, me permito indicarle que 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 link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011¹.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: César Pulido.

Aprobó. Harold Herreño.

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Artículo sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:35:55