

**Función Pública**

Concepto 029501 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000029501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000029501

Fecha: 21/01/2022 08:37:08 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: Tema: Entidades Subtema: Ley de garantías RADICACION: 20212060745652 del 15 de diciembre de 2021

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

Contando con el concepto técnico del Ministerio de Salud y Protección Social en el que se determinó la viabilidad para la reorganización, rediseño y modernización de la Red de Servicios de Salud del Departamento de Santander; proceso dentro del cual se incluyó la CREACIÓN DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE CHUCURÍ; la Asamblea Departamental mediante la Ordenanza 075 de 2021 creó la ESE para San Vicente de Chucurí.

La mencionada Ordenanza 075 de 2021 establece que la ESE "HOSPITAL SAN VICENTE DE CHUCURI" es una entidad pública descentralizada del orden departamental, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrita a la Secretaría de Salud del Departamento de Santander a la que le es aplicable el régimen jurídico establecido en el Capítulo III Artículo 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios y demás disposiciones que la modifiquen, adicionen, reformen o sustituyan.

Dispone también la Ordenanza 075 de 2021 en el Artículo Vigésimocuarto que: "La planta de personal será la aprobada por la Junta Directiva y adoptada por el Gerente de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE CHUCURÍ, de conformidad con el estudio técnico y financiero de creación de la ESE, denominado "Anexo 2", e igualmente, en su Artículo Vigésimoséptimo adopta un periodo de transición en los siguientes términos; "Señálese un periodo de seis (6) meses, contado a partir de la publicación de la presente Ordenanza, periodo en el cual la Secretaría de Salud del Departamento de Santander, la Gobernación de Santander y la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN VICENTE DE CHUCURI, establecerán los procedimientos transitorios que garanticen su funcionamiento y financiación, mientras que se expiden los actos administrativos de organización, regulación y funcionamiento, y se desarrollan los procedimientos financieros y administrativos definitivos pertinentes".

Teniendo en cuenta la proximidad de los procesos electorales y la consecuente entrada en vigencia de las restricciones de la Ley 996 de 2005, en especial las consagradas en los Artículos 32, 33 y 38 de dicho ordenamiento legal; es imperioso para esta administración contar las herramientas necesarias que le licencien tranquilidad en la toma de decisiones al momento de proveer o no, los cargos de la Planta de Personal de la recientemente creada ESE Hospital San Vicente de Chucurí, recurso humano necesario para que pueda prestar sus servicios, sin que en algún caso se presenten inconvenientes que pudieran poner en peligro la vida de los más de 34 mil habitantes de la región que se pretende impactar.

Por lo anterior, de manera comedida nos permitimos realizar la siguiente consulta:

¿En vigencia de la ley 996 de 2005, le es posible a la Junta Directiva de la ESE Hospital San Vicente de Chucurí aprobar su Planta de Personal?

¿De ser posible la referida aprobación de la Planta de Personal, es dable la provisión de los cargos aprobados?

Les agradecemos de antemano que dada la importancia del tema y la urgencia del mismo, el recibir respuesta a nuestra solicitud de

asesoramiento en el menor tiempo posible."

Me permito dar respuesta en los siguientes términos:

La Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías)¹, que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones a la vinculación de personal a las entidades y por regla general se aplica a todas las entidades del Estado, señala:

"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." (Subrayado y resaltado por fuera del texto original)

De conformidad con lo anterior, estas prohibiciones se aplican a todos los organismos y las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, salvo las excepciones contempladas en la Ley.

En relación con el alcance de esta prohibición, la Corte Constitucional, en sentencia C-1153 de 2005, sostuvo:

"...Por último, la Sala también 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.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del parágrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos".

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, Consejero Ponente: 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 por fuera del texto original)

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 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 por fuera del texto original)

Con 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.

Como se indicó, 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, con respecto al interrogante planteado en su consulta, sobre si es posible a la junta directiva de una ESE aprobar la planta de personal y proveer los respectivos cargos durante la vigencia de la Ley de Garantías, en criterio de esta Dirección Jurídica es procedente, toda vez que las entidades hospitalarias se encuentran incluidas dentro de la excepción señalada en los Artículos 32, 33 y 38 de la Ley 996 de 2005.

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 /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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sara Paola Orozco Ovalle

Revisó: Maía Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹"por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones."

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:20:18