



Función Pública

Concepto 128971 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000128971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000128971

Fecha: 29/03/2022 03:02:16 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la representación y de la naturaleza jurídica de las instituciones de educación superior públicas del país, el acto de designación que expide el Presidente de la República para señalar a sus representantes en los Consejos Superiores Universitarios, estaría o no cobijado por las restricciones emanadas de la Ley de Garantías?
RADICADO: 20222060128962 del 18 marzo de 2022.

Reciba un cordial saludo.

En atención a su consulta contenida en el oficio de la referencia y en el cual consulta si teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la representación y de la naturaleza jurídica de las instituciones de educación superior públicas del país, el acto de designación que expide el Presidente de la República para señalar a sus representantes en los Consejos Superiores Universitarios, estaría o no cobijado por las restricciones emanadas de la Ley de Garantías, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar en relación con su interrogante que la Ley 996 de 2005, denominada también ley de garantías, establece limitaciones a la vinculación de personal por las entidades, señalando:

"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 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 negrilla fuera de texto)

De acuerdo a lo anterior, 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.

Así mismo se estableció que 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,

- Que en el caso anterior, los cargos sean indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública

- y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

Frente al particular se considera importante remitirse a lo expresado por la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del referido artículo 32 de la citada Ley mediante sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley 996 de 2005, en la cual expresó:

"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 bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que "afecte" la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Por último, la Sala precisa que la declaratoria de exequibilidad del artículo 32 se da bajo el entendido que el Presidente o el Vicepresidente de la República se ven cubiertos con la prohibición desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9."

"(...)"

"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 párrafo, 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". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la Circular Conjunta 100- 006 de 2021 expedida por éste Departamento Administrativo y la Presidencia de la República, señaló:

"¿Qué implica la suspensión de vinculación a la nómina y la restricción temporal de modificar la nómina estatal?"

En vigencia de la restricción no se podrán crear nuevos cargos ni proveer las vacantes definitivas, salvo que se trate de vacantes generadas por

renuncia, licencia, muerte o expiración del periodo fijo indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa, como los nombramientos que deban hacerse en periodo de prueba de quienes hayan sido seleccionados en los concursos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Tampoco podrán incorporar ni desvincular a persona alguna de la planta.

Además, con independencia de que el cargo que se pretenda proveer hubiese quedado vacante antes o después de que empiecen a correr los términos de las restricciones de la ley de garantías electorales, el nominador podrá proveerlo para evitar la afectación del servicio público, si resulta indispensable para la buena marcha de la administración.

El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, según el caso, únicamente está condicionado a que los cargos resulten "indispensables" para el cabal funcionamiento de la administración pública, o se requiera dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, y no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De conformidad con las normas y jurisprudencia anteriormente citadas, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en el respectivo ente territorial o entidad, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia [C-1153/05](#) del 11 de noviembre de 2005, se entiende que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos.

Ahora bien, frente a la naturaleza de las instituciones de educación superior públicas tenemos que la Constitución Política en su artículo 69, establece:

"Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado (...)".

Es así como la Constitución Política ha reconocido a las universidades la autonomía, en virtud de la cual tienen el derecho a regirse por sus estatutos; es decir, el régimen especial de los entes universitarios es de origen constitucional. El legislador, en cumplimiento del mandato constitucional, expidió la ley 30 de 1992, que señala:

"ARTÍCULO 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, de enseñanza y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional".

"ARTÍCULO 29. La autonomía de las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y de las instituciones técnicas profesionales estará determinada por su campo de acción y de acuerdo con la presente Ley en los siguientes aspectos:

- a) Darse y modificar sus estatutos.*
- b) Designar sus autoridades académicas y administrativas.*
- c) Crear, desarrollar sus programas académicos, lo mismo que expedir los correspondientes títulos.*
- d) De enseñanza y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas, culturales y de extensión.*
- e) Seleccionar y vincular a sus docentes, lo mismo que a sus alumnos.*
- f) Adoptar el régimen de alumnos y docentes.*

g) Arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

PARÁGRAFO. Para el desarrollo de lo contemplado en los literales a) y e) se requiere notificación al Ministro de Educación Nacional, a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes)".

En este sentido, y de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 30 de 1992, en virtud de la autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia, se reconoce a las Universidades la posibilidad de darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

Es de anotar que la mencionada Ley 30 de 1992, dispuso lo siguiente respecto de la conformación del Consejo Superior Universitario en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 64. El Consejo Superior Universitario es el máximo órgano de dirección y gobierno de la universidad y estará integrado por:

a) El Ministro de Educación Nacional o su delegado, quien lo presidirá en el caso de las instituciones de orden nacional.

b) El Gobernador, quien preside en las universidades departamentales.

c) Un miembro designado por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario.

d) Un representante de las directivas académicas, uno de los docentes, uno de los egresados, uno de los estudiantes, uno del sector productivo y un ex-rector universitario.

e) El Rector de la institución con voz y sin voto.

PARÁGRAFO 1o. En las universidades distritales y municipales tendrán asiento en el Consejo Superior los respectivos alcaldes quienes ejercerán la presidencia y no el Gobernador.

PARÁGRAFO 2o. Los estatutos orgánicos reglamentarán las calidades, elección y período de permanencia en el Consejo Superior, de los miembros contemplados en el literal d) del presente artículo.

ARTÍCULO 67. Los integrantes de los consejos superiores o de los consejos directivos, según el caso, que tuvieren la calidad de empleados públicos y el rector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos, así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Todos los integrantes del consejo superior universitario o de los consejos directivos, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que se adopten.

(...) (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior, los Consejos Superiores Universitarios de las universidades, por disposición legal, deberán contar con un miembro designado por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario; es decir, no es un cargo que pueda ser creado o suprimido, sino que se constituye como una dignidad que puede recaer o no en un empleado público y que no implica la modificación de la nómina de la universidad respectiva.

Ahora bien, en cuanto a la clasificación de las instituciones de educación superior tenemos que el Ministerio de Educación ha considerado:

"Las Instituciones de Educación Superior (IES) son las entidades que cuentan, con arreglo a las normas legales, con el reconocimiento oficial como prestadoras del servicio público de la educación superior en el territorio colombiano.

Clasificación de las Instituciones de Educación Superior (IES)

Las IES se clasifican en: A, según su carácter académico, y B, según su naturaleza jurídica.

Clasificación A:

El carácter académico constituye el principal rasgo que desde la constitución (creación) de una institución de educación superior define y da identidad respecto de la competencia (campo de acción) que en lo académico le permite ofertar y desarrollar programas de educación superior, en una u otra modalidad académica.

Según su carácter académico, las Instituciones de Educación Superior (IES) se clasifican en:

Instituciones Técnicas Profesionales

Instituciones Tecnológicas

Instituciones Universitarias o Escuelas Tecnológicas

Universidades

Ese último carácter académico (el de universidad) lo pueden alcanzar por mandato legal (Art. 20 Ley 30) las instituciones que, teniendo el carácter académico de instituciones universitarias o escuelas tecnológicas, cumplan los requisitos indicados en el artículo 20 de la Ley 30 de 1992, los cuales están desarrollados en el Decreto 1212 de 1993.

(...)

Clasificación B:

Según la naturaleza jurídica, la cual define las principales características que desde lo jurídico y administrativo distinguen a una y otra persona jurídica y tiene que ver con el origen de su creación. Es así que con base en este último aspecto las instituciones de educación superior son privadas o son públicas.

Las instituciones de educación superior de origen privado deben organizarse como personas jurídicas de utilidad común, sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones, fundaciones o instituciones de economía solidaria. Estas últimas aún no han sido reglamentadas.

Las instituciones de educación superior públicas o estatales se clasifican, a su vez en:

Establecimientos públicos

Entes universitarios autónomos

Los primeros tienen el control de tutela general como establecimiento público y los segundos gozan de prerrogativas de orden constitucional y legal que inclusive desde la misma jurisprudencia ha tenido importante desarrollo en cuanto al alcance, a tal punto de señalar que se trata de organismos que no pertenecen a ninguna de las ramas del poder público. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Del mismo modo, los establecimientos públicos hacen parte de la Rama Ejecutiva del sector descentralizado por servicios y se regulan por lo señalado en la Ley 489 de 1998, así:

ARTÍCULO 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

PARÁGRAFO 1.- De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial. (Negrita y subrayado por fuera del texto original).

(...)

De acuerdo con lo señalado podemos concluir que los establecimientos públicos que funcionen como instituciones de educación superior se constituyen como entidades públicas que hacen parte de la Rama ejecutiva del sector descentralizado por servicios ya sea en el orden nacional o territorial, según corresponda; se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución política, en la Ley 489 de 1998, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y en sus estatutos internos.

De otra parte, frente a los entes universitarios autónomos, tenemos que los mismos no hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, tal como lo han considerado las altas cortes, por ejemplo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto Rad. No. 11001-03-06-000-2012-00067-00 del 11 de julio de 2013 en el cual señaló:

"(...) el artículo 40 de la ley 489 de 1998 señala:

"ARTÍCULO 40. Entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial. El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes."

La norma transcrita, al enumerar las entidades y organismos "sujetos a régimen especial", las excluye de la Rama Ejecutiva del orden nacional descrita en el artículo 38 de la misma ley, en consideración al "régimen especial otorgado por la Constitución Política" Y, en consecuencia, dispone que dichas entidades y organismos no se rigen por las reglas generales de la ley 489 sino por las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes, es decir, por leyes especiales.

Tal es el caso, precisamente, de las universidades del Estado: gozan de un régimen de autonomía especialmente otorgado por la Constitución Política y no forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, por expresa disposición del artículo 38 de la ley 489 de 1998 y, por consiguiente, no pertenecen al sector central o descentralizado de la Administración, tal como lo ha definido también la Sala.

En este sentido la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que las universidades estatales u oficiales deben permanecer ajenas a las interferencias del poder político, y por lo mismo no pueden hacer parte de la Rama Ejecutiva, ni estar supeditadas a dicha Rama, siendo del caso citar la sentencias C - 220 de 1997 y C - 560 de 2000. En la primera de ellas dice la Corte:

"Las universidades del Estado son instituciones que para mantener y preservar su esencia deben estar ajenas a las interferencias del poder político; en consecuencia no pueden entenderse como parte integrante de la administración, o como organismos supeditados al poder ejecutivo, ellas deben actuar con independencia del mismo y no estar sujetas a un control de tutela como el concebido para los establecimientos públicos, concepto que por sí mismo niega la autonomía; eso no quiere decir que no deban, como entidades públicas que manejan recursos públicos y cumplen una trascendental función en la sociedad, someter su gestión al control de la sociedad y del Estado, o que rechacen la implementación de mecanismos de articulación con dicho Estado y la sociedad, pues por el contrario ellos son indispensables para el cumplimiento de sus objetivos y misión".

Al no someterse a las normas de la ley 489 de 1998 y, en lugar de ello, regirse por las leyes propias y especiales de la educación superior, es allí donde ha de averiguarse el régimen aplicable a la designación de los funcionarios responsables del control interno en las universidades del Estado". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con lo señalado podemos concluir en relación con su interrogante:

- Las excepciones a las restricciones de la Ley 996 de 2005 sobre la suspensión de cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, se refieren a la provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, siempre que los cargos sean indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa. En la situación planteada no se enmarcan las designaciones que debe realizar el Presidente de la República para que lo represente en los Consejos Superiores Universitarios, toda vez que, como ya se señaló anteriormente, la representación en dichos consejos no se realiza a través de un cargo público, por lo tanto no se presenta una modificación a la nómina de la universidad respectiva y dicha representación puede ser ejercida o no por empleados públicos.

- Frente a la naturaleza de las instituciones de educación superior públicas o estatales respectivas, se deberá observar si se trata de un

establecimiento público, a los cuales de forma general les aplican las restricciones de la Ley de garantías, pero no en el caso consultado la designación del Presidente de la República por no tratarse de la modificación de la planta de personal del establecimiento respectivo, ni al tratarse de la provisión de un cargo público, como ya se dijo;

-. Respecto de los entes universitarios autónomos, tenemos que estos no hacen parte de la Rama Ejecutiva del poder público, en consecuencia, no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley 996 de 2005, en lo relacionado en modificación de su nómina.

En este orden de ideas y dando respuesta puntual a su interrogante, en criterio de esta dirección jurídica, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la representación y de la naturaleza jurídica de las instituciones de educación superior públicas del país, el acto de designación que expide el Presidente de la República para señalar a sus representantes en los Consejos Superiores Universitarios, no está dentro de las restricciones señaladas por la Ley 996 de 2005, toda vez que la conformación de los consejos superiores universitarios es un tema de reserva legal que no implica la modificación de la nómina de la entidad superior respectiva, en razón a que no estamos frente a la provisión de un cargo público y que, para el caso de los entes universitarios autónomos, no resulta de aplicación, toda vez que estos no hacen parte de la Rama Ejecutiva del poder público.

Por último, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo y https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html](https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html) podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:23:00