



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000153431

Fecha: 09/09/2015 02:45:14 p.m.

Bogotá D. C.,

Doctor
CARLOS MARTIN REYES REYES
Gerente
ESE Hospital San Rafael
El Cerrito Valle
Correo electrónico: Carlosmartinezreyesreyes@gmail.com

REFERENCIA: EMPLEOS. Provisión de empleos en planta temporal de una Empresa Social del Estado territorial en vigencia de la Ley de Garantías Electorales.

RADICACION. 2015-206-014038-2 del 29 de julio de 2015.

Respetado doctor Reyes, reciba un cordial saludo.

En atención a su oficio de la referencia, mediante el cual plantea la inquietud, si frente a la Ley de Garantías Electorales existe alguna restricción para crear empleos e incorporar personal en una planta temporal de una Empresa Social del Estado territorial, me permito indicarle lo siguiente:

La Ley 996 de 2005, que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, señaló en los artículos 32 y 38, 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.*

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 fuera de texto)

La Procuraduría General de la Nación, respecto a la aplicación de la Ley de Garantías Electorales, emitió la Directiva Unificada número 5 de 14 de mayo de 2007, en la cual señaló:

"d. 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."

El Consejo de Estado en concepto Número 1.839 de julio 26 de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, respecto al alcance de la prohibición contenida en el parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005 de modificar la nómina en entidades del Estado del orden territorial, señaló:

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

En virtud a lo dispuesto en el último inciso del parágrafo 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 a 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.²²

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 ibidem).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

¹ Ley 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. 375703. «(...) dentro de la clasificación del personal en las E.S.E., se desempeñan tanto empleados públicos de libre nombramiento y remoción como de carrera administrativa".

plenamente aplicable y como destinatarios que son del régimen de prohibiciones preelectorales contenido en el artículo 38 *ibidem*, les está vedado realizar las conductas descritas en los numerales 1°, 2° y 3° 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.

(...)

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.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con las normas anteriormente citadas, la jurisprudencia y la Directiva Unificada de la Procuraduría, no es viable que las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel nacional y territorial modifiquen la nómina del respectivo ente territorial o entidad, 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. 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 entidades, toda vez que la consecuencia jurídica de esta decisión, es la desvinculación de personal y eventualmente la incorporación, o vinculación de nuevos empleados.

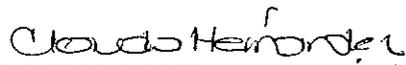
Así mismo, teniendo en cuenta el concepto del Consejo de Estado anteriormente citado, puede inferirse que la restricción temporal de modificar la nómina consagrada en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, nombrar o remover a ninguno de sus funcionarios, salvo en los casos expresamente exceptuados.

Para el Consejo de Estado 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 todos los procesos de esta naturaleza deben estar precedidos de estudios técnicos y obedecer estrictamente a razones del servicio.

Por consiguiente, en criterio de esta Dirección, no es viable autorizar u ordenar la reestructuración de la planta, como tampoco la provisión de servidores públicos en entidades descentralizadas como las Empresas Sociales del Estado, en vigencia de la ley de Garantías Electorales, por una causal distinta de la vacancia por muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada.

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

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

R. Gonzalez / JFCA
600.4.8