



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación No.2265

Expediente: 11001-03-06-000-2015-00136-00

Referencia: Funciones de inspección control y vigilancia. No se afectan en vigencia de la Ley de Garantías Electorales.

El Ministerio de la Protección Social y el Departamento Administrativo de la Función Pública consultan a esta Sala sobre la posibilidad de que durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales, el liquidador de una entidad descentralizada del orden Departamental reduzca la nómina del ente liquidado.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con el organismo consultante, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. El Hospital de Cartago es una empresa social del Estado del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.
2. Dada la grave situación financiera y administrativa que enfrenta, el Hospital Departamental de Cartago fue objeto de una medida de intervención para administrar el pasado 22 de junio de 2015, la cual, según el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, tiene por objeto determinar si la entidad puede ser salvada o debe liquidarse.
3. Analizada la situación del hospital intervenido, la Superintendencia Nacional de Salud ha concluido que dicho establecimiento sanitario no puede ser "salvado" y, por tanto, debe ordenarse su liquidación; para el efecto, será necesario nombrar un liquidador, el cual deberá, entre otras medidas, suprimir la

planta de personal que no sea necesaria para el cumplimiento de las tareas que demanda el proceso liquidatario.

4. En este contexto surge la duda de si esa reducción de la nómina del Hospital de Cartago, que sería consecuencia de su liquidación, estaría prohibida transitoriamente por el párrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales, el cual establece que dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular no se puede modificar la nómina de las entidades del orden territorial.

Con base en lo anterior, **SE PREGUNTA** (las preguntas se han reordenado temáticamente para mayor claridad en las respuestas):

“1. ¿En consideración a la naturaleza de las funciones a cargo de los agentes interventores y el régimen jurídico a que se encuentran sometidos, la prohibición contenida en el inciso 4º del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, podría entenderse dirigida o extendida a dichos agentes liquidadores?”

2. ¿Puede el agente especial interventor modificar las nóminas territoriales de las Empresas Sociales del Estado intervenidas para liquidar, dentro del plazo establecido en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, como consecuencia de la obligatoria reducción de la planta de una entidad en liquidación?”

3. La expresión “la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar (...)” contenida en el inciso 4º del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 se circunscribe únicamente a la creación de nuevos empleos y la provisión de los mismos, o involucra igualmente en ella las supresiones o desvinculaciones de cargos?”

II. CONSIDERACIONES

1. Las funciones de inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud y su competencia para ordenar la liquidación de los entes vigilados

La salud es un derecho fundamental, autónomo e irrenunciable que comprende el acceso oportuno, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud de las personas (artículo 2º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015). Además, desde el punto de vista de su prestación, es un servicio público que debe ser garantizado por el Estado (artículo 49 C.P) y que se encuentra bajo su regulación, inspección, control y vigilancia (artículos 150-22, 365 y 366 ibídem).

De este modo, tal como sucede con todas aquellas actividades y servicios que sobrepasan la esfera de los intereses puramente privados (educación, servicios públicos, actividad financiera, etc.), la Constitución Política le asigna al Estado una función de supervisión orientada a garantizar el cumplimiento de los fines de interés general que justifican la intervención de los poderes públicos¹. En este caso, la protección de la salud como derecho fundamental justifica constitucionalmente su vigilancia por parte del Estado, más aun si se tiene en cuenta la conexidad directa de esa actividad prestacional con otros derechos de la misma categoría: derecho a la vida, a la vida digna, a la igualdad, a la autonomía personal, etc.²

Al respecto, la Corte Constitucional señaló en Sentencia C-921 de 2001 lo siguiente:

“Al tenor de lo dispuesto en el artículo 189-22 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República “*Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos*”, entre ellos, el de seguridad social en materia de salud, lo cual cumple por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud, organismo de carácter técnico, creado por la ley, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente (decreto 1259/94 art. 1). Estas entidades ejercen las citadas funciones bajo la orientación y dirección del Presidente y deben actuar con estricta sujeción a las normas constitucionales y legales, pues es competencia privativa del legislador no sólo expedir las normas a las cuales debe ceñirse el Gobierno para el ejercicio de las actividades de inspección, vigilancia y control (art. 150-8 C.P.), sino también las que regirán el

¹ Sentencias C-915 de 2002, T-680 de 2007 y C-713 de 2012. Igualmente Sentencia C-936 de 2011: Estas funciones, como se indicó en la sentencia C-252 de 2010, son desarrollo de la intervención reforzada del Estado que la Constitución exige en materia de salud y “(...) que se dirige a superar la tensión entre el *interés privado* existente en el seno de las empresas y el *interés general* involucrado en tal actividad, máxime cuando se está ante la prestación de un servicio básico para la sociedad que propende por el derecho irrenunciable a la salud que tienen todos los habitantes. Poderes de intervención del Estado que llevan aparejados la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación.”

² Sentencia C-936 de 2011: “En definitiva, el derecho a la salud **(i)** es un derecho fundamental; **(ii)** su realización no se circunscribe solamente a la atención de una dolencia física, sino que se relaciona con un concepto más amplio de bienestar que comprende todos aquellos componentes que eleven el nivel de vida de las personas; **(iii)** se interrelaciona con otros derechos fundamentales, como al acceso al agua potable, a condiciones sanitarias adecuadas y al ambiente sano, entre otros; y **(iv)** permite el ejercicio de otros derechos fundamentales como la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la igualdad, etc. **(v)** De otro lado, este derecho otorga la prerrogativa de reclamar múltiples bienes y servicios que deben tender, cuando menos, a asegurar lo siguiente: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. **(vi)** Finalmente, dichas prerrogativas imponen al Estado y otros agentes obligaciones de respeto, protección y garantía de los contenidos que se desprenden del derecho.”

ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (arts. 150-23, 365).”³

El artículo 5º de la Ley Estatutaria de Salud señala en ese sentido que las funciones de inspección, vigilancia y control del servicio de salud constituyen un instrumento de intervención pública orientado a proteger y garantizar el goce efectivo del respectivo derecho fundamental:

“Artículo 5º. Obligaciones del Estado. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá: (...)

e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto...”.

Estas funciones de inspección, vigilancia y control están asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 68 Ley 715 de 2001⁴, que en lo relativo a esta consulta establece lo siguiente:

“Artículo 68 Inspección y vigilancia. La Superintendencia Nacional de Salud tendrá como competencia realizar la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud y de los recursos del mismo.

La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá funciones de inspección, vigilancia y control sobre las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS, en relación con el cumplimiento de las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras del sector salud. (...)

La Superintendencia Nacional de Salud **ejercerá la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas** que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos, cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud, en los términos de la ley y los reglamentos.

La intervención de la Superintendencia de Salud a las Instituciones Prestadoras de Salud tendrá una primera fase que consistirá en el salvamento (...)” (Se resalta)

³ Sobre las funciones de inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, ver también Sentencia C-228 de 2004.

⁴ “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.”

Como se observa, las funciones de inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud tienen como fin garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y legales que regulan la salud, así como la adecuada destinación de los recursos del sistema⁵, y comprenden, entre otras competencias, las de intervención con fines de administración o de liquidación de los prestadores del servicio de salud públicos o privados⁶.

Estas tareas estatales forman parte además del “eje de acciones y medidas especiales” del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del sector salud que el numeral 5 del artículo 37 de la Ley 1122 de 2007⁷, modificado por el artículo 124 de la Ley 1438 de 2011⁸, le asigna directamente a la Superintendencia Nacional de Salud en los siguientes términos:

“Artículo 37. Ejes del sistema de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud. Para cumplir con las funciones de inspección, vigilancia y control la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá sus funciones teniendo como base los siguientes ejes:

1. Eje de acciones y medidas especiales. Su objetivo es adelantar los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplen funciones de Entidades Promotoras de

⁵ Sentencia C-921 de 2001: “(...) Los objetivos que se buscan a través de las actividades de inspección, vigilancia y control, por parte de la citada Superintendencia son: la eficiencia en la obtención, aplicación y utilización de todos los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud, como la oportuna y adecuada liquidación, recaudo, giro, transferencia, cobro y utilización de los mismos; el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades públicas y privadas del sector salud; la cabal, oportuna y eficiente explotación de los arbitrios rentísticos que se obtengan de los monopolios de loterías, beneficencias que administren loterías, sorteos extraordinarios, apuestas permanentes y demás modalidades de juegos de suerte y azar; y la adopción de medidas encaminadas a permitir que los entes vigilados centren su actividad en la solución de sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un crecimiento adecuado de las mismas. Así las cosas, la vigilancia y control, en este caso, se dirige a asegurar la prestación oportuna, permanente y eficiente del servicio de seguridad social en salud y a lograr que los recursos destinados a su financiación se utilicen exclusivamente para tales fines, como lo ordena el inciso quinto del artículo 48 superior que señala: *‘No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.’*”

⁶ “De otro lado, las funciones de inspección, vigilancia y control consisten en (i) el seguimiento, monitoreo y evaluación del SGSSS, (ii) la formulación de recomendaciones para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades del sistema cumplan con sus deberes y funciones y, finalmente, (iii) la toma de decisiones correctivas y la imposición de sanciones por incumplimiento por acción u omisión, entre otros.” (Sentencia C-936 de 2011).

⁷ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

⁸ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

Salud, Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza y monopolios rentísticos cedidos al sector salud no asignados a otra entidad, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud. Tratándose de liquidaciones voluntarias, la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá inspección, vigilancia y control sobre los derechos de los afiliados y los recursos del sector salud. En casos en que la Superintendencia Nacional de Salud revoque el certificado de autorización o funcionamiento que le otorgue a las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Salud, **deberá decidir sobre su liquidación.**” (Se resalta)

Adicionalmente, el artículo 68 de la Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo) permite que la Superintendencia Nacional de Salud adopte las medidas especiales de salvamento del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en orden a establecer la supervivencia o la liquidación de las entidades vigiladas, según lo aconseje la defensa del servicio de salud y la adecuada gestión de los recursos del sistema:

“Artículo 68. Medidas especiales. Sin perjuicio de lo previsto en las demás normas que regulen la toma de posesión y ante la ocurrencia de cualquiera de las causales previstas en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Superintendente Nacional de Salud podrá ordenar o autorizar a las entidades vigiladas, la adopción individual o conjunta de las medidas de que trata el artículo 113 del mismo Estatuto, **con el fin de salvaguardar la prestación del servicio público de salud y la adecuada gestión financiera de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.**

Las medidas especiales que se ordenen se regirán por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, incluido el artículo 291 y siguientes de ese estatuto, en lo que resulte pertinente a las medidas especiales; el Decreto número 2555 de 2010; las disposiciones aplicables del Sector Salud y las normas que los sustituyan, modifiquen o complementen. El Gobierno Nacional reglamentará la forma de armonizar las medidas especiales o preventivas de la toma de posesión para su adecuada implementación en el Sector Salud.

Con cargo a los recursos del Fosyga– Subcuenta de Garantías para la Salud, el Gobierno Nacional podrá llevar a cabo cualquiera de las operaciones autorizadas en el artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.” (Se resalta)

Para el caso de las Empresas Sociales del Estado, la Ley 1438 de 2011 establece además una serie de medidas para su saneamiento fiscal y financiero, cuyo incumplimiento también da lugar a la decisión de liquidación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud:

“Artículo 82. Incumplimiento del Programa de Saneamiento Fiscal. Si con la implementación del programa de saneamiento fiscal y financiero, la Empresa Social del Estado en riesgo alto no logra categorizarse en riesgo medio en los términos definidos en la presente ley, deberá adoptar una o más de las siguientes medidas:

82.1 Acuerdos de reestructuración de pasivos.

82.2 Intervención por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, independientemente de que la Empresa Social del Estado esté adelantando o no programas de saneamiento.

82.3 Liquidación o supresión, o fusión de la entidad.

Generará responsabilidad disciplinaria y fiscal al Gobernador o Alcalde que no den cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo.

Parágrafo. En las liquidaciones de Empresas Sociales del Estado que se adelanten por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, se dará aplicación a lo dispuesto en el Decreto-ley 254 de 2000 y en la Ley 1105 de 2006, y demás normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan. Las liquidaciones que se estén adelantando, se ajustarán a lo aquí dispuesto.”⁹ (Se resalta)

Se constata entonces que las funciones de inspección, control y vigilancia del Estado sobre la salud, dentro de las cuales se encuentran las medidas de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar, tienen una relación de medio a fin con el propósito constitucional de garantizar la prevalencia del interés general de la sociedad en un servicio público de salud eficiente, oportuno y transparente. Como ha señalado la jurisprudencia, *“dada la importancia de estas labores para el adecuado funcionamiento del sistema, especialmente para evitar que los intereses particulares se antepongan a la realización del derecho fundamental a la salud, estas funciones, puede afirmarse, son un elemento del servicio mismo y un mecanismo de protección y satisfacción del derecho.”*¹⁰

Por tanto, si se reúnen los presupuestos legales para el efecto y siempre que las medidas adoptadas se ajusten a la finalidad para la cual están previstas (protección del derecho fundamental a la salud, cumplimiento de las normas que regulan la actividad, garantía de prestación y continuidad del servicio y adecuada

⁹ En desarrollo de la ley el artículo 9 del Decreto Reglamentario 1141 de 2013 (artículo 2.6.5.9. del Decreto Único del Sector Hacienda), establece que ante la inviabilidad de una empresa social del Estado por la imposibilidad de cumplir su plan de saneamiento fiscal, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe informar a la Superintendencia Nacional de Salud para efectos de su liquidación: **“Artículo 2.6.5.9. Inviabilidad.** Cuando del análisis de la evaluación del Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero, se identifique la inviabilidad de la Empresa Social del Estado, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, informará al Gobernador o Alcalde respectivo, y/o a la Superintendencia Nacional de Salud para que adelanten el correspondiente trámite, de acuerdo con las normas vigentes.”

¹⁰ Sentencia C-936 de 2011.

destinación de los recursos del sistema), la Superintendencia Nacional de Salud, como ente encargado de la inspección, control y vigilancia del sector, cuenta con la competencia suficiente para adoptar una medida de intervención para administrar y, si el del caso para liquidar, a las instituciones públicas o privadas encargadas de la prestación del servicio.

En el caso particular analizado, los organismos consultantes indican que el Hospital Departamental de Cartago E.S.E. (Empresa Social del Estado del orden departamental¹¹) fue intervenido para administrar mediante Resolución 1043 del 22 de junio de 2015 y que resultado de esa administración se ha concluido que no puede ser objeto de salvamento, por lo que debe pasarse a la fase de liquidación. Entiende la Sala que los presupuestos legales para una y otra decisión están dados y que la Superintendencia Nacional de Salud ha verificado la necesidad (el carácter forzoso) de su adopción.

2. La reducción de la nómina de la entidad por efecto de la liquidación: no está prohibida por la ley de garantías electorales.

Ahora bien, como señalan los organismos consultantes, uno de los efectos propios de la orden de liquidación de una entidad intervenida es la reducción de su nómina como consecuencia de la imposibilidad de seguir desarrollando su objeto social y de la limitación de su actividad únicamente a los fines propios del cierre de sus operaciones¹². En ese sentido, corresponde al liquidador designado por la Superintendencia de Salud, entre otros aspectos, terminar los contratos vigentes que no se requieran para la liquidación.

Para los organismos consultantes surge el interrogante de si el liquidador designado por la Superintendencia Nacional de Salud para la liquidación del Hospital Departamental de Cartago E.S.E., estaría impedido temporalmente para reducir la planta de personal de la entidad intervenida en razón de la limitación

¹¹ Creado mediante Ordenanza 005 de 1995 como entidad pública descentralizada del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

¹² Decreto 2555 de 2010: "Artículo 9.1.3.1.6. En desarrollo de la facultad prevista en el numeral 14 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, desde el inicio del proceso liquidatorio el liquidador podrá poner fin unilateralmente a los contratos de cualquier índole existentes al momento de la adopción de la medida que no sean necesarios para la liquidación de la entidad financiera intervenida". En el mismo sentido el artículo 8 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 8 de la Ley 1105 de 2006, que establece: "**Artículo 8º. Plazo.** Dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que asuma sus funciones, el liquidador elaborará un programa de supresión de cargos, determinando el personal que por la naturaleza de las funciones desarrolladas debe acompañar el proceso de liquidación. No obstante, al vencimiento del término de liquidación quedarán automáticamente suprimidos los cargos existentes y terminarán las relaciones laborales de acuerdo con el respectivo régimen legal aplicable."

prevista en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías Electorales), el cual prohíbe modificar las nóminas departamentales dentro de los cuatro (4) meses anteriores a una contienda electoral:

“Artículo 38. (...) Párrafo. 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 en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

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 participe n 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 (se resalta).

De la simple revisión de los sujetos pasivos de la prohibición -definidos en el primer inciso del párrafo (gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital¹³)-, puede concluirse con facilidad que las

¹³ Sobre los sujetos pasivos de las prohibiciones contenidas en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 esta Sala señaló en Concepto 1839 de 2007: *“Mientras que, las restricciones del párrafo 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 de fin 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.”.* Igualmente en Concepto 2207 de 2014: *“(ii) Los sujetos destinatarios de la prohibición. El artículo*

limitaciones allí previstas no cobijan al liquidador designado por la Superintendencia de Salud, el cual se encuentra por fuera de las categorías de funcionarios enunciadas en la norma. Como dijo esta Sala en relación con el alcance específico de la disposición analizada: *“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.”*¹⁴

Pero además la Sala observa que los fines de la Ley 996 de 2005 (garantizar la transparencia de los debates electorales¹⁵) y en particular los del último inciso del párrafo transcrito (proteger a los servidores territoriales de todo tipo de presión o interés indebido durante la etapa previa a las elecciones), no se oponen ni impiden el ejercicio de las funciones estatales de regulación y supervisión sobre el sector de la salud.

En efecto, no obstante que el legislador estatutario ha obrado con un alto grado de rigor y severidad para proteger la estabilidad de los servidores territoriales en época electoral (la prohibición cobija a todas las autoridades nominadoras y a todas las entidades del ente territorial) y para evitar que los cargos públicos se utilicen con fines electorales¹⁶, tal situación no podría comportar una limitación de

38 párrafo de la Ley 996 de 2005 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, con el propósito de garantizar que no se utilice la nómina del respectivo ente territorial por los 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, como medio para favorecer una campaña electoral.”

¹⁴ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1839 de 2007. Ver también Concepto 2166 de 2013 que en relación con las prohibiciones de la Ley 996 de 2005 señaló: “No está de más recordar que las prohibiciones, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; y su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía *legis* o *iuris* y la interpretación extensiva. Las normas legales de contenido prohibitivo hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas, modificadas, ampliadas o adicionadas por acuerdo o convenio o acto unilateral.”

¹⁵ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1717 de 2006. Ver también Concepto 1724 de 2006: “(...) los propósitos de la ley 996 de 2005 están encaminados a reducir los espacios de discrecionalidad, impedir la utilización de la burocracia para obtener respaldo de causas o campañas políticas, evitar la inversión de los recursos del erario para estos efectos, impedir que el Presidente en ejercicio, que aspire a ser reelegido, pueda ejercer ventajas frente a los demás candidatos, como también fortalecer la legitimidad y credibilidad del sistema político como garantía del ejercicio de las libertades públicas”. Igualmente en Concepto 2166 de 2013: “Así las cosas, la ley 996 de 2005 es el instrumento jurídico que garantiza las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos (...)”

¹⁶ Ver Concepto 1985 de 2010 sobre la imposibilidad de proveer un cargo en casos de vacancia diferentes a los señalados expresamente por el legislador.

las facultades de inspección, control y vigilancia que desde la Constitución se imponen para la protección y defensa del interés general¹⁷. Especialmente porque en casos como el analizado lo que se compromete con el aplazamiento de las medidas de intervención (en tanto que no admitan una solución distinta y sean impostergables) es la garantía debida por el Estado a los usuarios del sistema de salud en relación con su funcionamiento y con la prestación efectiva y oportuna de ese derecho fundamental¹⁸.

Por tanto, si bien la expresión “*no se podrá modificar la nómina*” comprende, como ya lo había advertido la Sala¹⁹, tanto la prohibición de hacer nuevas vinculaciones (se evita que el empleo público sea utilizado para buscar el voto del servidor beneficiado y sus allegados) como la de desvincular servidores (se protege al empleado perteneciente a una inclinación política distinta a la del nominador)²⁰, lo cierto es que tal restricción no se aplica en el contexto de los procesos de liquidación forzosa administrativa, los cuales, como se ha expuesto, son expresión de las funciones constitucionales de inspección, control y vigilancia de las actividades y servicios de interés general.

No sobra advertir, claro está, que si la medida de intervención para liquidar -y la consecuente reducción de la nómina estatal- se adopta sin que estén dados todos los presupuestos legales o con fines distintos a los previstos en la norma

¹⁷ Otra excepción a las prohibiciones contenidas en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 fue analizada por la Sala en Concepto 1863 de 2007 en relación con las decisiones administrativas que se adoptan para el cumplimiento de un fallo judicial: “Los actos de ejecución que la administración deba expedir o realizar para dar cabal cumplimiento a lo ordenado en las providencias judiciales, se fundamentan en decisiones desprovistas *per se* de intereses proselitistas, pues los funcionarios investidos de jurisdicción, al impartir justicia sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley (artículo 230 C.P.), de manera que sus fallos no son fruto de las presiones propias de épocas de campaña electoral, ni comprometen o amenazan la transparencia de la actividad administrativa tutelada en la ley de 996 de 2005.”

¹⁸ “La fundamentalidad del derecho a la salud exige que las autoridades de regulación adopten las determinaciones para protegerlo, para evitar que se repitan durante largos años las mismas violaciones del mismo y para garantizar el goce efectivo del derecho por todos los usuarios del sistema de seguridad social en salud” (Sentencia T-680 de 2008)

¹⁹ Concepto 1839 de 2007: “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.” (Se resalta)

²⁰ Además la palabra “modificar” significa “transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes”, lo cual, en el caso analizado, puede darse tanto con la ampliación como con la supresión de las plantas de personal de las entidades. Al respecto ver Concepto 1846 de 2007 en que se consultaba sobre un programa de reestructuración de la EAAB, que implicaba tanto supresiones de cargo como nuevas vinculaciones, frente a lo cual la Sala consideró que estaba prohibido durante los 4 meses anteriores a las elecciones.

habilitante (por ejemplo por motivos electorales), el respectivo acto administrativo estará viciado de nulidad (artículo 137 CPACA²¹) y la autoridad que adoptó la decisión será responsable patrimonial y fiscalmente por sus consecuencias. Dicho de otro modo, la inaplicación del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 al asunto consultado no significa en ningún caso que la orden de liquidación pueda usarse en contravía de los fines de imparcialidad y transparencia del debate electoral.

También debe señalarse que la solución dada en este concepto no se podría extender a los casos en que la supresión o reestructuración de una entidad territorial no tiene fundamento en las funciones constitucionales de inspección, control y vigilancia antes expuestas (que resultan forzosas y son altamente regladas), sino en la facultad general del Estado de establecer o modificar su estructura (artículo 261²² del Decreto Ley 1222 de 1986 en relación con las entidades departamentales y artículo 91-d-3²³ de la Ley 136 de 1994 respecto de las entidades municipales), pues en estos casos no solo coincidirían los sujetos pasivos de la restricción prevista en el parágrafo del artículo 38 analizado, sino que además los alcaldes, gobernadores y directores de entidades descentralizadas podrían invocar consideraciones de conveniencia y oportunidad que llegarían a confundirse o resultar contrarias a los fines de la Ley 996 de 2005²⁴.

²¹ “**Artículo 137. Nulidad.** Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.”

²² “**Artículo 261.** Corresponde a las Asambleas, a iniciativa de los Gobernadores, crear, transformar, fusionar, suprimir, o modificar, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta (...) Para el ejercicio de las atribuciones a que se refiere el presente artículo, los Gobernadores deberán acompañar al respectivo proyecto de ordenanza, los estudios que muestren las incidencias administrativas, económicas y presupuestales de las medidas que se proponen”.

²³ “**Artículo 91. Funciones.** (modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012). Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo. Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes: (...) d) En relación con la Administración Municipal: (...) 3. Suprimir o fusionar entidades o dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos.” (Paréntesis fuera del texto).

²⁴ Ver Concepto 1839 de 2007 en relación con la prohibición de realizar modificaciones a la nómina en virtud de procesos de reestructuración administrativa durante la vigencia de la prohibición contenida en el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005: “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

Con base en lo anterior,

(III) La Sala RESPONDE:

“1. ¿En consideración a la naturaleza de las funciones a cargo de los agentes interventores y el régimen jurídico a que se encuentran sometidos, la prohibición contenida en el inciso 4º del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, podría entenderse dirigida o extendida a dichos agentes liquidadores?”

No. La prohibición contenida en el inciso 4º del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 no cubre a los agentes liquidadores designados por la Superintendencia de Salud para la liquidación de las entidades sometidas a su vigilancia.

2. ¿Puede el agente especial interventor modificar las nóminas territoriales de las Empresas Sociales del Estado intervenidas para liquidar, dentro del plazo establecido en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, como consecuencia de la obligatoria reducción de la planta de una entidad en liquidación?”

Sí. La Superintendencia Nacional de Salud, a través de su agente especial, debe adoptar todas las medidas pertinentes relativas a la liquidación de la entidad intervenida de que se trate, las cuales pueden implicar la reducción de la planta de personal de una entidad descentralizada del orden territorial que haya sido objeto de una medida de “intervención para liquidar”. Ese deber no se afecta por virtud de las restricciones impuestas en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

3. La expresión “la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar (...)” contenida en el inciso 4º del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 se circunscribe únicamente a la creación de nuevos empleos y la provisión de los mismos, o involucra igualmente en ella las supresiones o desvinculaciones de cargos?”

La expresión “la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar (...)” contenida en el inciso 4º del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 comprende tanto la vinculación como la desvinculación de servidores del respectivo ente o entidad territorial. En todo caso, para efectos del caso objeto de

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.” Igualmente Concepto 1985 de 2010 (adición) sobre imposibilidad de proveer cargos por la creación de nuevas entidades.

esta consulta debe estarse a lo señalado en la parte motiva y a las respuestas dadas a las preguntas 1 y 2.

Remítase al Ministro de Salud y Protección Social, a la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala



GERMÁN BULA ESCOBAR
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUELA ROMERO
Secretaria de la Sala

29 OCT. 2015

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO DE FECHA 24 DE SEPTIEMBRE DE 2015 - MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.