



Función Pública

Concepto 095361 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000095361

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000095361

Fecha: 09/03/2020 12:09:17 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO - ESE - Designación Gerente. Reelección por una vez - RADICACION. 20202060048102 del 5 de febrero de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si alguien que ocupa el cargo de gerente de una E.S.E y lleva dos periodos en tal calidad, puede nuevamente ser nombrado como gerente, pues considera que con la anterior ley - 1122 de 2007 - solo se podía ser reelegido por una sola vez, pero con la nueva legislación - ley 1797 de 2016 - no se estableció si quedaba derogada la anterior, pero si se estipuló que derogaba las disposiciones que le fueran contrarias; adicionalmente pregunta si el mismo funcionario en el evento de no poder ser nombrado como Gerente puede ocupar el cargo de coordinador de médicos en la misma entidad, nombramiento que será efectuado por quien sea nombrado como Gerente, me permito indicarle lo siguiente:

Inicialmente es importante indicar que el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007¹, establece:

«(...) Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos. (...)».
(Destacado nuestro)

Conforme a lo anterior, el gerente de ESE puede ser reelegido por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación correspondiente.

Ahora bien, la ley 1797 de 2016 "por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones" frente al nombramiento de gerentes o directores de empresas sociales del estado, señaló:

"ARTÍCULO 20. Nombramiento de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República,

a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, sólo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial. (subrayado fuera de texto)

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos. (subrayado fuera de texto)

Los procesos de concurso que al momento de entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren en etapa de convocatoria abierta o en cualquiera de las etapas subsiguientes continuarán hasta su culminación y el nombramiento del Gerente o Director recaerá en el integrante de la terna que haya obtenido el primer lugar, el nominador deberá proceder al nombramiento en los términos del artículo 72 de la Ley 1438 de 2011. En el evento que el concurso culmine con la declaratoria de desierto o no se integre la terna, el nombramiento se efectuará en los términos señalados en el primer inciso del presente artículo.

Del mismo modo, en los casos en que la entrada en vigencia de la presente ley, no se presente ninguna de las situaciones referidas en el inciso anterior, el jefe de la respectiva Entidad Territorial o el Presidente de la República procederá al nombramiento de los Gerentes o Directores dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, en los términos señalados en el presente artículo.” (Subrayas fuera del texto)

De conformidad con la modificación parcial efectuada por el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 al artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, ésta obedeció única y exclusivamente al nombramiento de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado tanto del nivel territorial como del nacional, quienes, en vigencia de la anterior norma eran elegidos previo la realización de un concurso de méritos y a partir del momento en que entró a regir la Ley 1797 de 2016, el nombramiento se debe hacer por periodos institucionales, y cuyo nombramiento estará a cargo del Presidente de la República, de los Gobernadores y los Alcaldes, según corresponda, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias para periodos institucionales de cuatro (4) años.

Ahora bien, el fundamento jurídico de la reforma de la Ley 1797 de 2016, se soportó en la necesidad de “...afrentar las citadas deficiencias (duplicidad de funciones, falta de control de la oferta de servicios de salud, y dificultades con las IPS regionales) ...”, igualando los periodos al de su nominador. “Para lograr estos propósitos, el legislador tomó tres medidas fundamentales: (i) extender el período de los gerentes de las ESE de tres a cuatro años, de acuerdo con lo previsto por el Acto Legislativo 02 de 2002 en relación con los alcaldes y gobernadores; (ii) institucionalizar el período de los gerentes de las ESE, y (iii) establecer disposiciones transitorias, para facilitar el cambio del sistema previsto por el artículo 192 de la Ley 100 de 1993 al nuevo sistema”2, sin que este propósito conllevara a que las demás disposiciones contenidas en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, fueras modificadas.

De acuerdo a lo anterior, la Ley 1797 de 2016 modifica la forma de elección dispuesta en la Ley 1122 de 2007 y establece que, a partir de su expedición, el nombramiento de gerentes o directores de las empresas sociales del estado se hará por el jefe de la respectiva entidad nacional o territorial; sin embargo, dicha norma no se refirió a la reelección, en consecuencia, en criterio de este Departamento Administrativo, continúan rigiendo en esta materia las disposiciones contenidas en la Ley 1122 de 2007; es decir, que la reelección del gerente de una Empresa Social del Estado se encuentra permitida por una sola vez.

En consecuencia, como quiera que el segundo párrafo del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 no es contrario a la Ley 1797 de 2016, en criterio de esta Dirección Jurídica dicho aparte se encuentra vigente de conformidad con los fundamentos expuestos, y en aplicación del mismo los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento.

En ese sentido, para responder el primer interrogante de su consulta se tiene entonces que, quien haya sido reelegido en el cargo de gerente no podrá aspirar a ser elegido por segunda vez, en un nuevo período como Gerente de una Empresa Social del Estado.

Ahora bien, para abordar su segundo interrogante relacionado con la procedencia de que el mismo funcionario (Gerente ESE) en el evento de no ser reelegido por segunda vez, pueda ocupar el cargo de “coordinador de médicos” en la misma entidad, nombrado por quien sea el nuevo gerente de la ESE, y cuyo cargo será de libre nombramiento y remoción es importante indicar que, la Ley 1474 de 2011, “*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*”, que adicionó un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 4°. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

- Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.”

“(…)”

Como puede observarse, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, se adicionó el literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que dispuso como una inhabilidad para contratar directa o indirectamente a las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

En este sentido se colige que no habrá inhabilidad para el exdirectivo que pretenda vincularse laboralmente a la misma entidad, pues la restricción del artículo 4° no aplicaría para una nueva vinculación laboral como empleado público, mediante una vinculación legal y reglamentaria, toda vez que, como empleado público no se está ante el ejercicio privado de una profesión actividad o función, sino ante el desempeño de una función pública.

En consecuencia, una vez revisadas las inhabilidades concernientes a los empleados públicos principalmente los contenidos entre otros en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; el artículo 38 de la Ley 734 de 2002; así como el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, no se evidencia ninguna inhabilidad para que, quien se haya desempeñado como Gerente de una ESE, se vincule en un empleo en la misma entidad mediante una relación legal y reglamentaria.

No obstante, se hace necesario precisar que lo que podría presentarse sería un conflicto de intereses en cuanto haber realizado algunas funciones que tendrían injerencia en las que eventualmente realizaría como Coordinador de médicos. Al respecto, la Ley 1437 de 2011³, sobre conflicto de intereses, impedimentos y recusación, señala:

“ARTÍCULO 11. Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

-
2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.

(...)” (Subrayas y negrilla fuera del texto)

“ARTÍCULO 12. Trámite de los impedimentos y recusaciones. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.(...)”. (Destacado nuestro)

Igualmente, la Ley 734 de 2002⁴, en los artículos 40 y 48 sobre este mismo tema, establece:

“ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.” (Subraya fuera del texto)

“ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales. (...)”

De las anteriores disposiciones legales se tiene entonces que, el servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, deberá declararse impedido cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo de este último, o cuando haya conocido del asunto en oportunidad anterior, so pena de ser recusado.

En tal sentido, un servidor público como es el caso de un ex-Gerente que es nombrado en otro empleo luego de terminar su periodo, por haber conocido en oportunidad anterior de algún asunto, por tener interés directo con la resuelta de dicho asunto, o por cualquier otra causal que genere conflicto de interés, deberá declararse impedido so pena de ser recusado.

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.
2. Corte Constitucional, en la Sentencia C-957 de 2007
3. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”
4. por la cual se expide el Código Disciplinario Único

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:21:51