



Función Pública

Concepto 220381 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000220381

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000220381

Fecha: 08/06/2020 03:06:15 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO. Reelección Gerente Radicado: 2020-206-019592-2 del 20 de mayo de 2020

En atención a su comunicación radicada con el número de la referencia, mediante la cual formula queja por la selección de gerente de la Empresa Social del Estado Hospital San Cristóbal de Ciénaga, Magdalena y su forma de selección, con el fin de que se investiguen y se tomen los correctivos del caso.

En primera instancia es procedente indicar que conforme con las disposiciones contenidas en el Decreto 430 de 2016 este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación

Por lo tanto no somos competentes para pronunciarnos sobre la legalidad de las actuaciones administrativas de las entidades públicas, ni muchos menos para declarar derechos y/o determinar responsabilidades disciplinarias, pues no tenemos la calidad de órgano de control.

Es preciso indicar, que las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas por parte de la entidad y demás organismos y entidades de la administración pública en materia de régimen de administración de personal se formaliza, entre otros, a través de conceptos jurídicos, que guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

Por lo anterior en el evento de existir posibles irregularidades en el proceso nombramiento del Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital San Cristóbal de Ciénaga será procedente ponerlo en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación.

Ahora bien a título informativo a continuación se hará referencia al procedimiento que se debe adelantar con el fin de designar al gerente de una Empresa Social del Estado ESE del nivel territorial, me permito indicar lo siguiente:

Resulta oportuno precisar que, los conceptos emitidos por este Departamento en desarrollo de sus competencias se surten en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, es decir, no tienen carácter vinculante ni comprometen la responsabilidad de la entidad y tampoco resultan de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Frente al particular, la Corte Constitucional C-542 de 2.000 expresó:

“...Los conceptos emitidos por las entidades públicas en respuesta a un derecho de petición de consultas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, insistimos, son orientaciones, puntos de vista, consejos y cumplen tanto una función didáctica como una función de comunicación fluida y transparente. (Subrayados y destacados fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, cuando el concepto se produce a instancia de un interesado, éste queda en libertad de acogerlo o no y su emisión no compromete la responsabilidad de las entidades públicas que los expiden, ni obliga a su cumplimiento o ejecución.”

Ahora bien en cuanto a su inquietud puntal frente a “Si el Señor Gobernador podía nombrar, el día 15 de mayo de esta anualidad, a los gerentes de los hospitales del nivel departamental, a sabiendas que a través de la medida provisional descrita, se habían suspendido los efectos temporales de la Resolución No. 0120 de marzo 13 de 2020 *POR LA CUAL SE INVITA A POSTULAR HOJAS DE VIDA PARA EL CARGO DE GERENTE DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL ORDEN DEPARTAMENTAL Y SE FIJAN LAS CONDICIONES PARA LA SELECCIÓN Y EL NOMBRAMIENTO?*”

Es pertinente tener en cuenta que al tratarse del cumplimiento de un fallo de tutela, le corresponde a dicho juez de tutela la competencia para acreditar que la orden de tutela se encuentra cumplida.

Respecto del procedimiento que se debe adelantar con el fin de designar al gerente de una Empresa Social del Estado ESE, el artículo 20 de 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”, dispone:

“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 2001 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

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.

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”.

Conforme a lo anterior, es facultad del Presidente de la República, de los gobernadores y de los alcaldes nombrar a los gerentes de ESE respectivos dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, para tal efecto, deberán verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años.

Para el caso de las entidades del nivel territorial, el Decreto 052 de 2016, «Por el cual se reglamenta la reelección por evaluación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial», establece lo siguiente:

«ARTÍCULO 1°. Reelección por evaluación de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado del orden territorial. Para efectos de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, la evaluación que tendrá en cuenta la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado para proponer la reelección del gerente será la última que se haya realizado al cumplimiento del plan de gestión durante el período para el cual fue nombrado, siempre que la misma sea satisfactoria y se encuentre en firme».

ARTÍCULO 2°. Plazos para la reelección por evaluación del Gerente de la Empresa Social del Estado del nivel territorial. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes del inicio del período del respectivo gobernador o alcalde, la Junta Directiva si así lo decide, deberá proponer al nominador la reelección, lo cual deberá contar en el acta de la sesión correspondiente, que deberá remitirse junto con la última evaluación del plan de gestión, la cual deberá ser satisfactoria y estar en firme y corresponder al período para el cual fue nombrado.

El jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, deberá decidir si acepta o niega la reelección. En caso de aceptar, el nominador dentro de los quince (15) días calendario siguientes, deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya sido reelegido y en caso de negarla, deberá solicitar a la Junta Directiva que proceda a convocar el respectivo concurso de méritos.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para el periodo 2016-2020 se deberá adelantar el anterior trámite, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la expedición del presente acto administrativo». (Subrayas fuera del texto)

En cuanto al termino con el que cuenta la Junta Directiva de una ESE, para proponer la reelección de un Gerente, se tiene que según lo establece el Decreto 052 de 2016, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes del inicio del período del respectivo gobernador o alcalde, la Junta Directiva si así lo decide, deberá proponer al nominador la reelección

El jefe de la entidad territorial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud de la Junta Directiva, deberá decidir si acepta o niega la reelección. La norma no hace ninguna mención en cuanto a si este plazo puede ser objeto de prórroga.

En caso de aceptar, el nominador dentro de los quince (15) días calendario siguientes, deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya sido reelegido y en caso de negarla, deberá solicitar a la Junta Directiva que proceda a convocar el respectivo concurso de méritos.

De acuerdo a lo anterior, el gerente de una Empresa Social del Estado podrá 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.

Así mismo, frente a los Gerentes territoriales, el artículo 1° del Decreto 052 de 2016 dispuso que para efectos de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, la evaluación que tendrá en cuenta la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado para proponer la reelección del gerente será la última que se haya realizado al cumplimiento del plan de gestión durante el período para el cual fue nombrado, siempre que la misma sea satisfactoria y se encuentre en firme.

Conforme a lo expuesto, a partir de la vigencia de la Ley 1797 de 2016 cambió el procedimiento para el nombramiento del gerente o director de las Empresas Sociales del Estado del orden nacional, departamental o municipal, la nominación la podrá hacer directamente el Presidente, el gobernador o el alcalde, según que se trate del orden nacional, departamental o municipal, 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, de acuerdo con la Resolución 680 de 2016.

En cuanto al quorum deliberatorio para la elección del Gerente de una Empresa Social del Estado, teniendo en cuenta que según lo informa en su escrito, en la actualidad solo se encuentran debidamente elegidos y posesionados cinco (05) de los seis (06) miembros que deben conformar la junta directiva de la ESE, será preciso acudir a lo que se encuentre previsto en los estatutos de la citada entidad frente al reglamento interno de su junta directiva.

En relación con su última inquietud: frente a las solicitudes de reelección del Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital San Cristóbal de Ciénaga, Magdalena, fueron respondida extemporáneamente por el Señor Gobernador, ¿pudo haber operado el fenómeno del Silencio Administrativo Positivo?

El silencio administrativo es un fenómeno que la ley contempla con la finalidad de proteger el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, para los casos en los que la Administración no se pronuncie frente a peticiones o recursos interpuestos por los administrados, generando un acto ficto o presunto que según el caso niega o acepta lo solicitado.

En cuanto a los efectos del silencio administrativo, tenemos que de conformidad con lo dispuesto en Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo en sus artículos 83 y 84, la regla general es que este tiene efectos negativos, puesto que el silencio será positivo solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, por tanto en los demás casos será negativo.

De igual forma lo ha considerado el H. Consejo de Estado en Sentencia del 25 de abril de 2018, radicado [73001233300020140021901](#), Consejera ponente Stella Jeannette Carvajal:

“(…) tratándose del positivo, el Consejo de Estado explicó que el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable, y a su vez la Administración pierde competencia para decidir.

Así las cosas, para que se configure este fenómeno se deben cumplir tres requisitos:

i. Que la ley le haya dado a la Administración un plazo dentro del cual deba resolver la petición;

-

ii. Que la ley contemple de manera expresa que el incumplimiento del plazo tiene efectos de silencio positivo y

-

iii. Que la autoridad que estaba en la obligación de resolver no lo haya hecho dentro del plazo legal. Por último, es bueno precisar que dentro del plazo legal no solo se debe emitir la decisión, sino también su respectiva notificación en debida forma”.

Teniendo en cuenta lo anterior, para que se configure el silencio administrativo positivo se deben cumplir los tres requisitos señalados y a falta de uno de estos se aplicará la regla general, la cual es el silencio administrativo negativo.

Entre las normas legales que establecen, de manera expresa, el silencio administrativo positivo, se encuentran entre otras, el artículo 25 de la Ley 57 de 1985 que hace relación al acceso a documentos públicos; el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que tiene que ver con las solicitudes formuladas en el curso de la ejecución de un contrato estatal y el artículo 123 del Decreto 2150 de 1995 relacionado con las peticiones que formulen los usuarios en la ejecución del contrato de servicios públicos, etc.

De acuerdo con lo anterior, de manera excepcional, el Código Contencioso Administrativo presume que en casos taxativos, el silencio de la administración equivale a una decisión positiva, respecto de peticiones a ella formuladas. En el presente caso la decisión de no dar respuesta a situaciones administrativas de los empleados por parte de la administración no se encuentra prevista dentro de las normas especiales que consagran el silencio administrativo positivo.

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: Ruth González Sanguino

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:57:55