



Función Pública

Concepto 208561 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000208561

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000208561

Fecha: 02/06/2020 02:34:23 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO. Reelección Gerente Radicado: 2020-206-018635-2 del 14 de mayo de 2020

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual manifiesta su inconformidad con la respuesta dada por esta Dirección Jurídica a su consulta radicada con el número 2020-206-013755-2 del 7 de abril de 2020 a al cual se dio respuesta con el oficio radicado [20206000154321](#) del pasado 22 de abril.

Manifiesta en su reiteración que se le ha vulnerado el derecho de petición pues en sus términos no se da respuesta de fondo a su solicitud, y reitera su petición en los siguientes términos:

«(...) el hecho de que la nueva ley no hubiese mencionado la “reelección” es la razón por lo que la inhabilidad para ejercer el cargo de Gerente de E.S.E por más de dos periodos este vigente? ¿No es, al contrario, bajo los principios fundamentales del Estado Social de Derechos que consagra el acceso al ejercicio de funciones públicas como un derecho fundamental, en el que el nuevo régimen de vinculación de Gerente no hubiese establecido limitación alguna, es por lo que la inhabilidad prevista en el régimen anterior quedo derogada? ¿No es esa la conclusión determinante de la Sentencia C-046 de 2016 de la Corte Constitucional, que ni siquiera fue mencionada en la respuesta? ¿Esta autorizado un organismo del estado a desconocer los efectos de las sentencias de control constitucional emitidas por la Corte Constitucional? (...)».

En primer lugar 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.

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 la reelección de los Gerentes de las ESE, es preciso reiterar lo indicado en el oficio de respuesta dado por esta Dirección Jurídica mediante el oficio [20206000154321](#) del pasado 22 de abril en los siguientes términos:

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 Republica, 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.

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 Republica 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.

Frente a su inquietud: “¿No es, al contrario, bajo los principios fundamentales del Estado Social de Derechos que consagra el acceso al ejercicio de funciones públicas como un derecho fundamental, en el que el nuevo régimen de vinculación de Gerente no hubiese establecido limitación alguna, es por lo que la inhabilidad prevista en el régimen anterior quedó derogada?”

En criterio de esta Dirección Jurídica, de acuerdo a la normativa anterior, se tiene que la Ley 1797 de 2016 deroga la forma de elección establecida 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 cuanto a la conclusión determinante de la Sentencia C-046 de 2016 de la Corte Constitucional, vale la pena indicar que la dicha sentencia del 2018 y no del 2016 como usted lo indica, tiene como propósito fundamental el siguiente

“La Sala debe decidir si: ¿El artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 viola el artículo 125 de la Constitución sobre los principios del mérito y de no regresividad al determinar la provisión de los cargos de director o gerente de las ESE mediante el nombramiento por el Presidente, los gobernadores y alcaldes y no mediante concurso de méritos? Para este fin, la Sala primero reitera su jurisprudencia sobre: (i) el alcance del artículo 125 de la Constitución: carrera administrativa, principio de mérito, concurso y sus excepciones y cargos de libre nombramiento y remoción; (ii) el principio de progresividad y no regresividad en la faceta prestacional de los derechos; para finalmente (iii) resolver el problema jurídico planteado. La Sala concluye que los apartes demandados no violan la Constitución ni el principio del mérito toda vez que esa misma disposición permite formas diferentes a la carrera administrativa y del concurso de méritos como formas de acceso a empleos públicos y no se vulnera el principio de progresividad y el mandato de no regresividad en relación con los derechos sociales, específicamente respecto al empleo público, toda vez que tal principio no le es aplicable a la norma estudiada, pues la misma no determina derechos y, por lo tanto, tampoco regula una faceta prestacional de los derechos sociales.”

En este sentido es procedente indicar que esta Dirección Jurídica comparte y acata lo expuesto por la Corte Constitucional al efectuar las siguientes manifestaciones:

“El artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 no regula ninguna de las dimensiones del derecho al trabajo que la catalogue como una disposición que efectivamente disminuya o cambie las condiciones laborales en el empleo público. En efecto, la disposición acusada no versa ni modifica aspectos como, por ejemplo, las garantías de no discriminación, igualdad entre hombres y mujeres, remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, igualdad en la remuneración, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, así como el derecho a formar sindicatos y a la huelga y la protección especial de menores de edad en el ámbito laboral. Como es evidente, el cambio acusado no versa sobre la garantía de ninguno de estos derechos y la norma acusada no los regula, por lo cual no se trata de una medida atada a ninguna de las facetas de protección y garantía del derecho al trabajo y específicamente en el ámbito del empleo público, como lo serían, por ejemplo, los mínimos de satisfacción del derecho o la garantía de no discriminación.”

Esta Dirección jurídica, reafirma lo expuesto por la Corte al reiterar que el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 no hace referencia a aspectos en el ámbito del derecho al trabajo, entre los que se resaltan: la reducción de beneficiarios de la seguridad social, límites temporales respecto de protecciones de las cuales dependen otros derechos como el derecho a la salud, los mínimos del derecho al trabajo, aspectos regulatorios de salarios o la faceta prestacional respecto a expectativas legítimas, entre otros.

En cuanto la forma de designación de los empleos de Gerentes de la ESE's, comparte esta Dirección Jurídica lo expuesto por la Corte en la citada Sentencia C-046 de 2018:

“Es preciso resaltar que aun cuando el cambio de forma de designación de un funcionario público repercute en la garantía de acceso a cargos públicos en igualdad de condiciones, como uno de los derechos que protege la carrera administrativa, ello no implica que el principio de

progresividad le sea aplicable a la norma. Lo precedente, pues la determinación de esta prerrogativa en el ámbito de la función pública tiene las dimensiones y límites ampliamente explicados. Es decir, las formas de contratación en el ámbito público se remiten al principio del mérito y a la posibilidad de exceptuar la carrera administrativa en ciertos casos. En este orden de ideas, las excepciones a la regla general de la carrera administrativa admiten otras formas de provisión de cargos, en las cuales los nombramientos no responden exclusivamente a criterios objetivos. Como se advirtió, eso no quiere decir que estos estén desprovistos del mérito, sino que combinan otros criterios, en razón a que la naturaleza de los cargos lo requiere. Por ello, no es posible afirmar que el derecho a la igualdad en el acceso a todos los cargos de la función pública regule la faceta prestacional del derecho al trabajo que exija la provisión de todos los cargos de la función pública mediante concursos de mérito, pues ello supondría, por ejemplo, la necesaria prohibición de la existencia de cargos de elección popular y de libre nombramiento y remoción.”

En consecuencia, la Sala encontró que el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, al cambiar la forma de proveer el cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado no viola el principio de progresividad y el mandato de no regresividad en relación con los derechos sociales, específicamente respecto al empleo público, toda vez que tal principio no le es aplicable a la norma estudiada, pues la misma no determina derechos y, por lo tanto, tampoco regula una faceta prestacional de los derechos sociales. Por lo que declara la exequibilidad del citado artículo.

En este punto es preciso indicar que esta Dirección Jurídica encuentra ajustados los términos de la Sentencia C-046 de 2018, mas no encuentra que la misma haga pronunciamiento alguno sobre la reelección por una segunda o tercera oportunidad de quienes se desempeñen como Gerentes de las ESE's, razón por la cual se reitera que frente a su reelección, está será permitida por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación correspondiente

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 14:09:26