



Función Pública

Concepto 332281 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000332281

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000332281

Fecha: 27/07/2020 05:55:05 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: EMPLEOS. Provisión del empleo de Gerente ESE. RAD.: No. 202020206314232 del 17-07-2020.

Acuso recibo comunicación, mediante la cual solicita concepto frente a la reelección de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, y en segundo lugar la validez que puede tener el acto administrativo con el que se designó al doctor EDGAR JULIÁN NIÑO CARRILLO, en el cargo de gerente de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER y los efectos de su posesión que fue el 21 de enero de 2020 y surten a partir del 01 de abril de 2020, es decir que haya un pronunciamiento si hay un término expreso que delimite el tiempo que puede haber la fecha que se posesiona el empleado público y la fecha que surte los efectos legales y fiscales.

Al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

1.- Respecto a la solicitud de concepto frente a la reelección de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, se precisa lo siguiente:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, 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.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-777 de 2010 analizó si la expresión “o previo concurso de mérito” contenida en el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 por el hecho de prohibir la reelección indefinida de los Gerentes de las ESE cuando mediaba un concurso público de méritos vulneraba el derecho fundamental de acceder a un cargo público en condiciones de igualdad. En esta ocasión concluyó la constitucionalidad de la expresión, toda vez que tal fórmula se encontraba dentro del amplio margen de configuración del Legislador que, por un lado, permitía al buen gestor volver a asumir el cargo y, por otro, contemplaba la posibilidad de que otras personas pudieran acceder a cargos públicos mediante concurso abierto. Además, sostuvo que existía la posibilidad de que la reelección indefinida se prestara para corrupción administrativa, sin que existiera evidencia que demostrara que tal práctica garantizaba determinados índices de eficiencia, eficacia y moralidad pública.

La sentencia reiteró que el amplio margen de configuración del Legislador en la organización de las Empresas Sociales del Estado le permite

establecer lo atinente a la elección, período, faltas temporales y absolutas, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, para los gerentes o directores de las ESE e igualmente que el Legislador podía fijar criterios objetivos en el proceso de selección de funcionarios destinados a ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, pero debía sujetarse a los mismos y a la Constitución.

A partir de la vigencia del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, se faculta al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, para que dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelanten los nombramientos de los Gerentes o Directores de Empresas Sociales del Estado, 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, para un período institucional de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del período institucional del respectivo nominador; y solo podrán ser retirados dentro de dicho período por evaluación insatisfactoria del plan de gestión según las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial, sin afectar la vigencia del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, que establece que los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez.

Conforme a lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, la reelección de los gerentes de ESE solo es procedente por una sola vez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en consecuencia, no será viable la reelección por segunda vez en el cargo de Gerente de una ESE, de una persona que ya fue reelegida en dicho cargo.

2.- En cuanto a la consulta sobre la validez que puede tener el acto administrativo (Resolución 056 del 13 de enero de 2020) con el que se designó al doctor EDGAR JULIÁN NIÑO CARRILLO, en el cargo de gerente de la ESE Hospital Universitario de Santander, se precisa que, sobre el tema, la Ley 1797 de 2016 establece:

“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. (...)”

De la norma transcrita se evidencia:

1. A partir de la vigencia del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, se faculta al presidente de la República, a los gobernadores y los alcaldes, para que dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelanten los nombramientos de los Gerentes o Directores de Empresas Sociales del Estado.
2. El nombramiento será 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.
3. Será para un período de institucional de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del período institucional del presidente de la República, del gobernador o del alcalde
4. Solo podrán ser retirado dentro de dicho período por evaluación insatisfactoria del plan de gestión según las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.
5. Según el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez.

De lo anterior es viable establecer, que a partir de la vigencia del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, se faculta al presidente de la República, a los gobernadores y los alcaldes, para que dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelanten los nombramientos de los Gerentes o Directores de Empresas Sociales del Estado, lo que significa, que el nombramiento puede tener lugar en cualquier fecha, siempre que se dé dentro de los tres (3) meses siguientes a la posesión del respectivo nominador, 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.

Conforme a lo expuesto y atendiendo puntualmente la consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, el nombramiento del doctor EDGAR JULIÁN NIÑO CARRILLO, en el cargo de gerente de la ESE Hospital Universitario de Santander, tiene plena validez, por cuanto tuvo lugar dentro de los tres (3) meses siguientes a la posesión del señor gobernador (13-01-2020).

3.- Respecto a los efectos de la posesión del doctor EDGAR JULIÁN NIÑO CARRILLO, en el cargo de gerente de la ESE Hospital Universitario de Santander, teniendo en cuenta que se efectuó el 21 de enero de 2020 y surte efectos a partir del 01 de abril de 2020, es decir, que haya un pronunciamiento si hay un término expreso que delimite el tiempo que puede haber para la fecha en que se posesiona el empleado público y la fecha que surte los efectos legales y fiscales.

Para el análisis correspondiente, es necesario acudir al artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, que señala:

“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. (...)”

De la norma transcrita se evidencia:

1. A partir de la vigencia del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, se faculta al presidente de la República, a los gobernadores y los alcaldes, para que dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelanten los nombramientos de los Gerentes o Directores de Empresas Sociales del Estado.
2. El nombramiento será 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.
3. Será para un período de institucional de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del período institucional del presidente de la República, del gobernador o del alcalde
4. Solo podrán ser retirado dentro de dicho período por evaluación insatisfactoria del plan de gestión según las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.
5. Según el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez.

Ahora bien, si el período institucional del gerente de una ESE culmina tres (3) meses después del inicio del período institucional del presidente de la República, del gobernador o del alcalde, se entiende que la posesión del gerente de una ESE deberá tener lugar el primero de abril del año en que comienza el período del correspondiente nominador, por cuanto su período (del gerente) a la vez culmina a los cuatro (4) años, en el último día del mes de marzo, que se cumplen los tres (3) meses después de la posesión del nominador de dicho gerente.

Por otra parte, de acuerdo con el párrafo 4 del artículo 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015, los nombramientos tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de la posesión.

De acuerdo con lo anterior, la posesión del doctor EDGAR JULIÁN NIÑO CARRILLO, en el cargo de gerente de la ESE Hospital Universitario de Santander, como resultado de su reelección, en caso que haya sido por primera vez, únicamente podía realizarse el 1º de abril de 2020, para iniciar el nuevo período institucional de cuatro (4) años, por cuanto el período institucional que se estaba cumpliendo en el desempeño de dicho cargo culminaba el 31 de marzo de 2020, y no había sido retirado de dicho cargo. Además, no es procedente la existencia simultánea de dos actos de posesión sobre un mismo cargo, por cuanto los nombramientos surten efectos fiscales a partir de la fecha de posesión, en consecuencia, la posesión de dicho servidor realizada el 21 de enero de 2020 perdió vigencia para efectos de continuar en el cargo al inicio del período de reelección, y debía posesionarse para este período el 1º de abril de 2020.

Con fundamento en lo expuesto y atendiendo puntualmente la consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, la posesión del doctor EDGAR JULIÁN NIÑO CARRILLO, en el cargo de gerente de la ESE Hospital Universitario de Santander, como resultado de su reelección, en caso que haya sido por primera vez, únicamente podía realizarse el 1º de abril de 2020, para iniciar el nuevo período institucional de cuatro (4) años; y si no hubo posesión en dicho cargo en esta fecha, se deberá considerar como un funcionario de hecho.

Sobre el tema, el Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Segunda, en Sentencia No. 05001-23-31-000-2003-01050-01 (1943-12) del 13 de febrero de 2014, expresó:

“Un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan, son, en principio, la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor (artículo 122 de la C.P.). Entonces, para que una persona natural desempeñe un empleo público se requiere que su ingreso se realice por medio de una designación válida, nombramiento o elección según el caso, seguida de la posesión para poder ejercer las funciones del empleo. Es decir que la persona nombrada y posesionada es la que se encuentra investida de las facultades, cumple con sus obligaciones y presta el servicio correspondiente.

(...)

FUNCIONARIO DE HECHO – Desempeño de una función en virtud de una investidura irregular.

De conformidad con lo anterior, la jurisprudencia reciente de esta Corporación ha determinado que para que se establezca la existencia de un funcionario de hecho, no solo se requiere que el cargo esté creado en la planta de personal de la entidad y legalmente previstas sus funciones en el reglamento de ella, sino que también surge, cuando una persona ejerce funciones públicas, con anuencia de las autoridades encargadas de controlar, permitir o impedir este tipo de situación, ello en aras de garantizar los derechos laborales de quienes se encuentran en situaciones de esa naturaleza, haciendo prevalecer el principio de la realidad sobre las formas.”

Por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica, conforme a la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, en este caso se trata de un funcionario de hecho, por prevalecer el principio de la realidad sobre las formas.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página webwww.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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

Elaboró: Pedro P. Hernández Vergara

Revisó: Jose F. Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:11:05