



**Función Pública**

## Concepto 346941 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000346941\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000346941

Fecha: 29/07/2020 05:52:06 p.m.

Bogotá D.C.

REF. EMPLEOS. GERENTE ESE. Rad.20209000245962 de fecha 11 de junio de 2020

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual solicita concepto sobre la viabilidad de tener gerente encargado mientras se adelanta el proceso de fusión de la entidad o es obligatorio nombrar y posesionar gerente conforme a la Ley 1797 de 2016, frente a lo cual me permito señalar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2015, 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 temas particulares que tengan al interior de cada entidad. No obstante, lo anterior a manera general me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, es preciso señalar que el procedimiento a seguir para la elección de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, es el establecido en el art. 20 de la ley 1797 de 2016, y lo establecido en la circular 009 de 2016, suscrita por el Ministerio de Salud y Protección Social, la Procuraduría General de la Nación y el Departamento Administrativo de la Función.

De igual manera el 4 de marzo de 2020, se expidió la Circular 004 de 2020, emanada del Ministerio de Salud y Protección Social y del Departamento Administrativo de la Función Pública, dando lineamientos, a efectos de dar cabal cumplimiento al mecanismo de provisión del empleo de Gerente o Director de Empresas Sociales del Estado, conforme a los siguientes términos:

*"El Plan Nacional de Desarrollo 2018 - 2022 ", Pacto por Colombia, pacto por la equidad" propone lograr un consenso sobre la visión de largo plazo del sistema de salud, centrada en atención de calidad al paciente, cobertura universal sostenible financieramente y acciones de salud pública consistentes con el cambio social del país, para lo cual, es fundamental fortalecer los hospitales públicos con los mejores gerentes.*

*Por lo anterior y con el fin que el nombramiento de los gerentes o directores recaiga en los más idóneos, el pasado 21 de febrero se suscribió entre la Federación Nacional de Departamentos y el Ministerio de Salud y Protección Social el "Pacto por la transparencia en el nombramiento de los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado" en el cual los gobernadores se comprometieron a aplicar .en su jurisdicción estrictamente el principio de selección objetiva y el Gobierno nacional a brindar el apoyo que se requiera.*

*En cumplimiento de la normativa vigente<sup>1</sup> el Gobierno nacional dispuso de manera gratuita las herramientas que permitirán evaluar las competencias que deben acreditar los aspirantes que postulen los gobernadores y los alcaldes a ocupar dicho empleo en las Empresas Sociales del Estado, para lo cual se habilitó el correo [selecciongerentesese@funcionpublica.gov.co](mailto:selecciongerentesese@funcionpublica.gov.co) al que podrán remitir sus solicitudes de acompañamiento del Departamento Administrativo de la Función Pública”.*

En el marco de lo anterior, los Gobernadores se comprometen a aplicar en su jurisdicción el principio de selección objetiva y el Gobierno Nacional a brindar el apoyo que se requiera, con las herramientas que le permitan evaluar las competencias que deben acreditar los aspirantes que postulen los Gobernadores y Alcaldes para ocupar el cargo de Gerentes de las ESE, esto es que se establece la selección por mérito de las personas más idóneas para ocupar dichos cargos.

De otro lado, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 Decreto 491 de 2020<sup>1</sup>, en el mismo se determinó:

*“ARTÍCULO 13. Facultad para ampliar el período institucional de gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado. Los gobernadores y alcaldes podrán ampliar, por un término de 30 días, el período institucional de los gerentes o directores de Empresas Sociales del Estado que termina en el mes de marzo de 2020.*

*Si el alcalde o gobernador no amplía el período, deberá proceder a nombrar al gerente o director, de acuerdo con el procedimiento señalado en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016. Si deciden ampliar el período, una vez finalizados los 30 días a que se refiere el inciso anterior, el alcalde o gobernador nombrará el nuevo gerente o director, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016. El período institucional del nuevo gerente o director iniciará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del período constitucional del gobernador o del alcalde respectivo.*

De acuerdo con la normativa en cita, los gobernadores y alcaldes cuentan con facultad para ampliar el periodo institucional de los gerentes o directores de las ESE, por un término de 30 días, esto es hasta el 30 de abril de 2020 y una vez finalizado dicho término se procederá a nombrar el nuevo gerente o director, en los términos señalados por el art. 20 de la ley 1797 de 2016.

En el evento de no ampliar dicho término se deberá proceder con el nombramiento del gerente o director en los términos del art. 20 de la ley 1797 de 2016, en todo caso el periodo institucional del nuevo gerente o director iniciará y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo constitucional del gobernador o del alcalde respectivo.

Es preciso señalar, que el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, al regular una nueva forma de designación de los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado mediante su nombramiento por el Presidente, gobernadores o alcaldes y sin concurso de méritos, no viola el principio del mérito por depender de criterios subjetivos y favorecimientos políticos, ni el principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales, específicamente, del empleo público al adoptar una norma menos eficaz que la anterior respecto al principio del mérito, sin justificación alguna.

En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1797 de 2016, esto es el 13 de julio de 2016, el nombramiento de los Directores o Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, se efectuaría de manera directa por el Presidente de la República, los Gobernadores y los Alcaldes, según el caso, previa verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos para dicho cargo, lo cual evidentemente cambió la forma de proveer el cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado, dado que desde que la Ley 100 de 1993 creó esta especie de entidad pública y hasta antes de la expedición de ésta ley, el mérito era el pilar fundamental de esa designación.

Sin embargo es preciso señalar, que la misma norma en los parágrafos transitorios, estipula que los procesos de concurso que al momento de entrada en vigencia de la Ley 1797 de 2016, se encontraran en la etapa de convocatoria abierta o cualquiera de sus etapas subsiguientes, debían continuar hasta su culminación, y que sólo en el evento de que el concurso terminara con la declaratoria de desierto o no se integrara la terna, se procedería en los términos del artículo 20 de la mencionada Ley, es decir, se crea una especie de régimen de transitoriedad expresamente para lo allí señalado.

Ahora bien, es importante señalar lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-046 de 2018, respecto del artículo 20 de la ley 1797:

“(…)

39. 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” cambió el referido sistema de la siguiente forma:

(i). Los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República, los gobernadores o alcaldes dentro de los tres meses siguientes a su posesión, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo, establecidos por las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública;

(ii). Tienen un periodo institucional de cuatro años que termina tres meses después del inicio del periodo institucional del Presidente y los jefes de las entidades territoriales;

(iii). Su retiro del cargo está sujeto a la evaluación insatisfactoria del plan de gestión, en los términos de la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

Así mismo, la norma previó un régimen de transición que permite:

(i). A los gerentes o directores que hayan sido nombrados o reelegidos en el cargo mediante concurso de mérito terminar su periodo;

(ii). Culminar cualquier concurso de mérito que haya comenzado, es decir, que se encuentre en la etapa de convocatoria o cualquiera subsiguiente, el cual deberá culminar con el nombramiento del integrante de la terna que haya obtenido el primer lugar; y

(iii). Nombrar en los nuevos términos al gerente o director en caso de que el anterior concurso se haya declarado desierto o cuando no se esté en el evento de un concurso iniciado, es decir, ante vacantes absolutas.

De conformidad con lo anterior, la Sala constata que en el régimen vigente: (i) se suprimieron el concurso de méritos y la actuación de la Junta Directiva de la entidad para la conformación de una terna; (ii) se mantuvieron el periodo institucional de cuatro años y las causales de remoción con fundamento en la evaluación del programa de gestión; y (iii) se reintrodujo explícitamente la causal de remoción del cargo con fundamento en las faltas disciplinarias, además de añadir la orden judicial como motivo adicional. Igualmente, se determinó un régimen de transición que respeta: (a) los periodos de quienes ejercen el cargo para la vigencia de la norma; y (b) los concursos que ya hayan iniciado. Finalmente, se determina que ante el evento de un concurso desierto o ante cualquier otra situación, el nombramiento es el que se dispone de forma general en la norma, es decir, por el Presidente, gobernadores o alcaldes

( …)”.

43. En efecto, el cargo cumple con los criterios establecidos por la jurisprudencia para definirse como de libre nombramiento y remoción, pues tiene: (i) fundamento legal; (ii) responde al principio de razón suficiente; y (iii) su ejercicio exige confianza plena y total, e implica decisiones políticas y, por lo tanto, al cumplir con los criterios objetivos, subjetivo y orgánico, no desborda los límites impuestos por el principio de la carrera administrativa como regla general que admite excepciones. En primer lugar, tiene fundamento legal, toda vez que el cargo que reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 en su forma genérica fue determinado por el artículo 5° de la Ley 909 de 2004 como de libre nombramiento y remoción además de que el artículo 20 de la Ley 1797 también es de orden legal. La norma de la Ley 909 de 2004 señala que se exceptúan de la carrera administrativa los cargos de “dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices”, dentro de los cuales sitúa a los directores o gerentes de la administración descentralizada. Igualmente, delimita como

exceptuados los “empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos”. De esta forma, dos disposiciones legales permiten la excepción a la carrera administrativa. Por ello, cumple con el criterio objetivo ya que cuando se trata de funciones directivas, de conducción o manejo institucional es posible catalogar el cargo como de libre nombramiento y remoción. (...).”.

En consecuencia, esta sentencia que estudio una demanda de inconstitucional en contra del artículo 20 parcial de la Ley 1797 de 2016, concluye que la norma no transgrede ningún aparte de la Constitución, particularmente el principio del mérito como eje rector del Estado colombiano, en la medida en que el cambio en la modalidad de elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado es una prerrogativa con la cual cuenta el legislador y, en ese sentido, optó por retornar a la elección directa por parte del nominador.

De conformidad con lo anterior, el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, establece la forma de designación de los gerentes o directores de las ESE de acuerdo con el nivel nacional, territorial o municipal, bajo la condición de cumplir unos requisitos y por un periodo fijo, de manera tal que se determina una competencia para el Presidente, los gobernadores y alcaldes como un modo de designación permitido en la función pública por una norma constitucional, correspondiéndole al Departamento Administrativo de la Función Pública la evaluación de competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo de Gerente o Director de las Empresas Sociales del Estado. Es decir que dicha ley determina una elección de forma directa y sin acudir al concurso de méritos. El nombramiento será para un periodo de cuatro años.

Ahora bien, con relación al encargo de los Gerentes de las ESES, el Decreto 1083 de 2015, establece:

*“ARTÍCULO 2.2.5.9.7 Encargo. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo”.*

De acuerdo con lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, al presentarse una falta absoluta del Gerente o Director de una Empresa Social del Estado, se considera que se designa a dicho empleado, con el objetivo de no afectar la continuidad en la prestación de los servicios en la empresa, el Alcalde como nominador, podrá, designar en forma temporal mediante encargo a un empleado de la misma institución o de otra entidad de la Administración municipal, mientras se nombra el titular cumpliendo con el procedimiento y los requisitos establecidos en la ley para dicha designación.

Si en la Administración o en la Empresa Social del Estado no hay un empleado con los requisitos exigidos para ser encargado como gerente, se tendrá que certificar dicha situación y se procederá a nombrar de forma temporal o transitoria a una persona particular que cumpla con los requisitos requeridos, quien estará vinculado mientras se adelanta el proceso de selección para proveer de forma definitiva el empleo.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema. De otra parte, le indico que en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito del covid-19.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Luis Fernando Nuñez.

Reviso: Jose Fernando Ceballos

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"

---

Fecha y hora de creación: 2025-01-05 22:54:43