



# Concepto 226831 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000226831\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000226831

Fecha: 13/06/2023 11:02:38 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Servidor Público. Gerente Empresa Social del Estado. RAD. 20239000584362 del 31 de mayo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual plantea varios interrogantes relacionados con las situaciones administrativas en las que se puede encontrar el Gerente de una Empresa Social del Estado, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Es importante indicarle que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016<sup>1</sup>, 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.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante, a manera de orientación general se le indicará la normatividad aplicable a sus interrogantes con el objeto que el consultante adopte las decisiones respectivas sobre el tema:

*“¿Dentro del conteo de días para decretar el abandono de cargo de un gerente de una Empresa Social del Estado se pueden contar sábados, domingos y festivos, o solamente deben ser días hábiles?”*

A manera de orientación el Decreto 1083 de 2015<sup>2</sup> señala en que eventos se configura el abandono del cargo, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 2.2.11.1.9 Abandono del cargo. El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:*

*No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar. Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos. No concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 2.2.11.1.5 del presente Decreto, y Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo.”*

Así mismo, el artículo 2.2.11.1.10 *ibídem*, estipula que, una vez comprobada la ocurrencia de alguna de las hipótesis de hecho referidas, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo “previos los procedimientos legales”. Y, de otra parte, que, si por el abandono del cargo se perjudicara el servicio, el empleado también se hará acreedor a las sanciones disciplinarias y a la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Sobre el abandono del cargo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1189 de 2005, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, dispuso:

*“(…) el abandono debe ser injustificado, es decir, sin que exista una razón o motivo suficiente para que el servidor se exima de la responsabilidad de cumplir con las funciones propias del cargo o del servicio. Ello es así, porque de ser justificado el abandono del cargo o del servicio desaparece la antijuridicidad del hecho y, por consiguiente, la falta disciplinaria.*

*(…) la Corte Constitucional ha establecido que la coexistencia del abandono del cargo como causal de retiro del servicio en el régimen de la*

administración pública y como falta gravísima en el Derecho Disciplinario no implica la vulneración de la prohibición del doble enjuiciamiento o principio constitucional del *non bis in ídem*, sino que los dos regímenes están regidos por principios, funciones y finalidades diversos y que, si bien la posibilidad para la autoridad administrativa de declarar la vacancia del empleo ante la configuración de la causal de abandono del mismo conlleva una consecuencia negativa para el servidor o el funcionario público, ésta no constituye una medida sancionatoria;”

“De esta manera, al igual que en aquella oportunidad, estima esta Corporación que la norma no tiene una proyección disciplinaria ni constituye una sanción que se enmarque en dicho ámbito. Como se planteó en líneas precedentes del presente fallo, este Tribunal Constitucional encuentra que el retiro del servicio del empleado que incurra en abandono del cargo es una medida administrativa consecuente con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209) que rigen la administración pública, en tanto la misma debe contar con la posibilidad de proveer rápidamente un cargo que ha sido abandonado, para que un funcionario entre a cumplir las labores idóneamente, a fin de evitar traumatismos en la marcha de la administración. El proceso disciplinario, por el contrario, estaría dirigido, principalmente, a establecer la responsabilidad individual del funcionario, a fin de imponerle la sanción respectiva.”

42.- No obstante, es de vital importancia recordar que la decisión de retiro del servicio de un empleado público tiene lugar mediante un acto administrativo de carácter particular y concreto para cuya expedición debe cumplirse el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo, esto es, que la actuación que de oficio inicie la administración, con el fin de retirar del servicio a un empleado -sea éste de carrera o de libre nombramiento y remoción-, le debe ser comunicada, para efectos de que éste pueda ejercer su derecho de defensa, al ser oído por la autoridad administrativa competente, así como para contar con la oportunidad de aportar y controvertir las pruebas que le sean adversas2.” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, la Corte en Sentencia T-424 de 2010, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez, señaló:

“El abandono del cargo, debidamente comprobado, es una de las formas de la cesación de funciones o retiro del servicio, que puede ser objeto de sanción, si se dan los supuestos para que se produzca la falta gravísima a que aluden las normas disciplinarias, tanto la ley 200 de 1995, como la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, precepto este último que igualmente la consagra como falta gravísima.

“Esta declaratoria de vacancia de un cargo no exige el adelantamiento de proceso disciplinario; basta que se compruebe tal circunstancia para proceder en la forma ordenada por la ley. Es decir, que esta ópera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la administración al respecto es meramente declarativo.

“Pero adicionalmente a la comprobación física de que el empleado ha dejado de concurrir por tres (3) días consecutivos al trabajo, la ley exige que no se haya acreditado justa causa para tal ausencia, obviamente estimada en términos razonables por la entidad en la que presta sus servicios. Si la justa causa se comprueba con posterioridad, el acto debe revocarse...”.

“El abandono del cargo, per se, tiene la categoría suficiente para hacer viable la separación del servicio...” (Destacados y subrayado fuera de texto).

Ahora bien, frente a la falta disciplinaria que lleva consigo el abandono del cargo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: doctor: Jesús María Lemos Bustamante, del seis (6) de diciembre de dos mil siete (2007), expediente No. 150012331000199717363 01, dispuso:

“La Sala Plena de la Sección Segunda, con el fin de unificar la jurisprudencia, en sentencia de 22 de septiembre de 2005 recogió el anterior planteamiento jurisprudencial sobre la materia y precisó que si bien se trata de una misma circunstancia: el abandono injustificado del servicio, comporta efectos autónomos distintos cuando se trata de regular la función pública que cuando se trata de disciplinar a los funcionarios. En esa medida mal puede la causal de abandono del cargo sólo aplicarse previo un proceso disciplinario, pues frente a la administración pública es menester que el nominador cuente con esa herramienta para designar un funcionario en reemplazo del que abandonó sus tareas, para así lograr la continuidad de la prestación del servicio público, fin que no es otro al que apunta esta figura en la función pública. Bajo esta línea se tiene que, el abandono del cargo comporta efectos autónomos distintos en materia de función pública, que no derivan de la aplicación de un procedimiento disciplinario previo, en cuanto que el retiro definitivo del servicio puede producirse por la declaratoria de vacancia por abandono del cargo; esta figura constituye una herramienta de la cual puede disponer la administración, para a su vez, designar el reemplazo del funcionario que de manera injustificada ha hecho dejación del cargo y así evitar traumatismos en la prestación del servicio. Para que la administración llegue a la conclusión de que el abandono del cargo se configura y profiera la correspondiente declaratoria de vacancia del cargo no se requiere adelantar un proceso disciplinario. Basta, entonces, que se verifique el hecho del abandono para que se declare la vacante pues tal declaratoria es la consecuencia obligada del abandono del cargo.” (Subraya fuera de texto)

De conformidad con lo expuesto, podemos concluir que el abandono del cargo se produce porque el servidor público sin justa causa no asiste a su trabajo durante tres días consecutivos, o porque no reanuda sus funciones al término de una comisión, permiso, licencia o vacaciones, o deja de hacerlo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio, situación que puede dar lugar a dos acciones independientes:

La primera, como una acción o actuación administrativa que busca declarar la vacancia del empleo previo los procedimientos legales y respetando el debido proceso.

La segunda, un proceso disciplinario el cual puede adelantarse posterior o paralelamente con la acción administrativa anteriormente señalada, el

cual pretende salvaguardar es la estabilidad y regularidad de la función pública, mediante el correcto funcionamiento y la adecuada prestación de los servicios, así las cosas, la falta disciplinaria se estructura cuando se presenta abandono injustificado del cargo.

Por lo tanto, si el empleado no asiste a su trabajo tres días y no son debidamente justificados, se deberá iniciar el proceso disciplinario con el fin de imponer las sanciones respectivas, si continúan las inasistencias se deberá declarar la vacancia del empleo previo los procedimientos legales y respetando el debido proceso.

Ahora bien, con relación al conteo de los tres días para declarar el presunto abandono del cargo es pertinente mencionar que, respecto de la jornada laboral de los empleados públicos del nivel directivo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia del 20 de marzo de 1980, dentro del expediente número 2395, señaló lo siguiente:

*"(...) Las disposiciones siguientes, que reglamentan la materia, no dicen, ni podrían decirlo, que el Alcalde tiene un horario dentro del cual es Alcalde y dispone del resto de horas de un día para hacer lo que a bien tenga, durante las cuales horas no es alcalde. Es de elemental sentido común, es de Perogrullo, que la función pública que ejerce y la investidura que tiene son permanentes en el tiempo, no separables, unas horas sí y otras horas no. La cosa es de tal manera evidente y clarísima, y de tal forma sencilla, que no hay para qué abundar más en ella.*

*(...) La Sala acoge en su integridad el anterior concepto porque es evidente que en el orden jerárquico de los empleos públicos existen algunos que por su naturaleza y las funciones correspondientes no están sujetos a jornada de trabajo, esto es, no están sometidos a horario, sino que, por el contrario, sus titulares se entienden están comprometidos en todo momento al ejercicio de las funciones que le son propias.*

*En el orden de la actividad privada la ley consagra expresamente cuáles trabajadores no están sujetos a jornada alguna de trabajo por razón de la función desempeñada y entre ellos, los primeros, son los empleados de dirección y de confianza. En el sector privado un presidente de empresa, un gerente, vicepresidente o subgerente no está sujeto a jornada de trabajo. Se entiende que las obligaciones y responsabilidades propias del cargo implican que tales empleados están en disponibilidad en todo momento para acudir al cumplimiento de sus deberes.*

*Si esto se predica, con definición legal, de los empleados del sector privado, con cuánta mayor razón debe consagrarse este criterio para los empleados del servicio público, cuyo correcto desempeño interesa a la comunidad entera y compromete la tranquilidad ciudadana, el orden público y la seguridad de las personas, factores todos que requieren que en ningún momento pueda presentarse un vacío de autoridad que pudiere producir funestas consecuencias. (Destacado fuera del texto)."*

De acuerdo con lo previsto por el Consejo de Estado, los empleados del nivel directivo no están sometidos al cumplimiento de horario, sino que, por el contrario, sus titulares se entienden están comprometidos en todo momento al ejercicio de las funciones que le son propias; es decir que, si bien es cierto, no deben cumplir de manera estricta con el horario laboral establecido en la entidad, el cumplimiento de sus funciones debe ser en forma permanente.

Según lo establecido en el parágrafo del artículo 4 del Decreto Ley 785 de 2005<sup>3</sup>, los diputados, gobernadores, concejales, alcaldes municipales o distritales, alcalde local, contralor departamental, distrital o municipal, personero distrital o municipal, veedor distrital, secretarios de despacho, directores de departamentos administrativos, gerentes de unidades administrativas especiales y directores, gerentes o presidentes de entidades descentralizadas, son cargos que pertenecen a la alta dirección territorial, y por lo tanto, su actividad se enmarca dentro de los criterios expuestos por el Consejo de Estado para decir que los mismos, no están sujetos a una jornada de trabajo por cuanto, se entiende que por las funciones que le son propias su actividad debe ser permanente.

Con relación a lo expuesto, los servidores públicos que pertenecen al nivel directivo no están sujetos al cumplimiento de la jornada laboral (horario de entrada y salida) por cuanto se entiende que las funciones a ellos asignadas son de carácter permanente.

En consecuencia, esta Dirección Jurídica considera que el Gerente de una Empresa Social del Estado no está sometido al cumplimiento de horario, sino que, por el contrario, está comprometido en todo momento al ejercicio de las funciones que le son propias. Por lo tanto, deberá estar disponible de manera permanente y en caso de tener que ausentarse al cumplimiento de sus funciones por unos días, deberá estar debidamente justificado.

*"¿Quién otorga una comisión de servicios a un Gerente de una Empresa Social del Estado?"*

El Decreto 1083 de 2015, establece lo siguiente:

*"ARTÍCULO 2.2.5.5.21 Comisión. El empleado se encuentra en comisión cuando cumple misiones, adelanta estudios, atiende determinadas actividades especiales en sede diferente a la habitual o desempeña otro empleo, previa autorización del jefe del organismo. La comisión puede otorgarse al interior del país o al exterior.*

*ARTÍCULO 2.2.5.5.22 Clases de comisión. Las comisiones pueden ser:*

*De servicios. Para adelantar estudios. Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de periodo, cuando el nombramiento recaiga en un empleado con derechos de carrera administrativa. Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros o de organismos internacionales.*

*ARTÍCULO 2.2.5.5.23 Competencia para conceder las comisiones. Cuando el funcionario comisionado sea un Ministro o Director de Departamento*

Administrativo, la comisión se conferirá mediante decreto ejecutivo.

Las comisiones se deben conferir por el nominador respectivo o su delegado, salvo las comisiones de estudios al exterior de los empleados públicos de las entidades del sector central y de las Entidades Descentralizadas, que reciban o no aportes del Presupuesto Nacional, las cuales serán conferidas mediante resolución motivada suscrita por el Ministro o Director del Departamento Administrativo del Sector Administrativo respectivo.

Las comisiones de estudio o de servicio al exterior que se otorguen a servidores públicos pertenecientes a Entidades Descentralizadas que no reciban aportes del Presupuesto Nacional o a Instituciones Financieras Nacionalizadas, deberán ser autorizadas previamente por la Junta o Consejo Directivo o Superior, con el voto favorable de su Presidente.

Toda comisión de estudios o de servicios fuera del país, que se vaya a conferir a empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con o sin cargo al erario público, requerirá de la previa autorización del Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Las comisiones de estudio y de servicio al exterior de los superintendentes, gerentes, directores, presidentes o rectores de entidades centralizadas y descentralizadas de la rama ejecutiva del orden nacional, cuyo nombramiento sea de competencia del Presidente de la República, serán conferidas por el ministro o director de departamento administrativo cabeza de sector.

ARTÍCULO 2.2.5.5.25. Comisiones de servicios. La comisión de servicios se puede conferir al interior o al exterior del país, no constituye forma de provisión de empleos, se otorga para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.

Esta comisión hace parte de los deberes de todo empleado, por tanto, no puede rehusarse a su cumplimiento.

PARÁGRAFO. Se podrá otorgar comisión de servicios a los líderes sindicales debidamente acreditados por las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo Colectivo de contenido general, para que puedan participar en foros, congresos, cursos al interior o al exterior en materias relacionadas con su actividad, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales de cada entidad." (Destacado fuera del texto)

De la normativa citada se infiere que la comisión de servicios es una de las situaciones administrativas en la que se puede encontrar un servidor público y se otorga para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.

En cuanto al competente para conferir una comisión de servicios, la norma señala que se deben conferir por el nominador respectivo o su delegado, salvo las comisiones de estudios al exterior de los empleados públicos de las entidades del sector central y de las Entidades Descentralizadas, que reciban o no aportes del Presupuesto Nacional, las cuales serán conferidas mediante resolución motivada suscrita por el Ministro o Director del Departamento Administrativo del Sector Administrativo respectivo.

Adicionalmente de acuerdo a lo previsto en el citado Artículo del Decreto 1083 de 2015 toda comisión de estudios o de servicios fuera del país, que se vaya a conferir a empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con o sin cargo al erario público, requerirá de la previa autorización del Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Ahora bien, señala en la consulta que se trata del Gerente de una Empresa Social del Estado. En cuanto al nombramiento de los Gerentes de una Empresa Social del Estado, la Ley 1797 de 2016<sup>4</sup> establece lo siguiente:

"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.

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.”*

Por lo tanto, en cuanto al nombramiento de los Gerentes de una ESE la norma es clara en señalar que estos serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial, lo que quiere decir que el nominador de este cargo es el Alcalde Municipal o el Gobernador del Departamento según corresponda.

Así las cosas, de acuerdo con lo anterior, esta Dirección Jurídica considera que la autoridad competente para otorgar una comisión de servicios y reconocer viáticos y gastos de transporte al Gerente de una Empresa Social del Estado, es el nominador; es decir, el Alcalde o Gobernador según corresponda.

*“¿Si una comisión de servicios se otorga por persona diferente a la competente y, la persona comisionada hace uso de la comisión se considera abandono de cargo?”*

Sea lo primero mencionar que este Departamento Administrativo carece de competencia para pronunciarse sobre la legalidad o la constitucionalidad de un acto administrativo como el que concede una comisión de servicios, toda vez que dicha facultad le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No obstante, a manera de información es pertinente señalar que, la Ley 1437 de 2011<sup>5</sup>, dispone la presunción de legalidad de los actos administrativos mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

*“ARTÍCULO 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.”*

Los actos administrativos que se expidan dentro de la administración, se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en el evento en que fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

En esa misma línea, la Corte Constitucional, en Sentencia T- 136 de 2019, adujo lo siguiente frente al principio de seguridad jurídica que acompañan todos aquellos actos administrativos expedidos por la administración que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares o concretas:

*“(…) Una de las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico es que dichos actos se presumen legales hasta tanto no sean declarados de forma contraria por las autoridades competentes para ello, función que le fue otorgada por el legislador a los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa. En relación con la concepción básica del acto administrativo como manifestación Estatal, resulta muy ilustrativo el siguiente pronunciamiento de esta Corporación:*

*“El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.*

*Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que, en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad”.*

De lo expresado por esa corporación, los actos expedidos por la administración pública se presumen legales y son obligatorios hasta tanto no sean declarados nulos por las autoridades competentes para ello, es decir, por los jueces de lo contencioso administrativo.

Teniendo en cuenta lo anterior, el acto administrativo expedido por la administración mediante la cual se otorgó una comisión de servicios, se presume legal y es obligatoria hasta tanto no sean declarada nula por las autoridades competentes para ello, es decir, por los jueces de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, esta Dirección Jurídica considera que si una comisión de servicios se otorga por persona diferente a la competente, se deberá acudir ante los jueces de lo contencioso administrativo para que se pronuncien sobre la legalidad del acto administrativo.

Por último es pertinente señalar que, la situación de estar en comisión de servicios otorgada por la persona que no es competente, no se encuentra estipulada como una causal de abandono del cargo, en consecuencia, dicha situación no generaría un presunto abandono del cargo.

*“¿Qué se debe realizar con un acto administrativo que contenga una comisión de servicios otorgada por funcionario sin competencia?”*

*¿Un acto administrativo de comisión de servicios expedido sin competencia se presume legal?*

Para dar respuesta a estos dos interrogantes y conforme a lo manifestado en el interrogante anterior, esta Dirección Jurídica reitera que el acto administrativo expedido por la administración mediante la cual se otorgó una comisión de servicios, se presume legal y es obligatoria hasta tanto no sean declarada nula por las autoridades competentes para ello, es decir, por los jueces de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, esta Dirección Jurídica considera que si una comisión de servicios se otorga por persona diferente a la competente, se deberá acudir ante los jueces de lo contencioso administrativo para que se pronuncien sobre la legalidad del acto administrativo.

*“¿Un Gerente de una Empresa Social del Estado tiene superior jerárquico o funcional?”*

El Decreto 1876 de 1994<sup>6</sup>, señala:

*“ARTÍCULO 54.- Organización. Sin perjuicio de la autonomía otorgada por la Constitución Política y la ley a las Corporaciones Administrativas para crear o establecer las Empresas Sociales del Estado, éstas se organizarán a partir de una estructura básica que incluya tres áreas, así:*

*Dirección. Conformada por la Junta Directiva y el Gerente y tiene a su cargo mantener la unidad de objetivos e intereses de la organización en torno a la Misión y Objetivos institucionales; identificar las necesidades esenciales y las expectativas de los usuarios, determinar los mercados a atender, definir la estrategia del servicio, asignar recursos, adoptar y adaptar normas de eficiencia y calidad controlando su aplicación en la gestión institucional, sin perjuicio de las demás funciones de dirección que exija el normal desenvolvimiento de la entidad;”* (Subrayado fuera del texto)

Conforme al artículo 4° del Decreto 139 de 1996 y al artículo 5° del Decreto 1876 de 1994, el Gerente de una Empresa Social del Estado no tiene superior jerárquico, toda vez que él es el Representante Legal y su empleo se ubica dentro de la estructura en la Dirección de la empresa.

De acuerdo a la norma citada, esta Dirección Jurídica considera que los gerentes de las Empresas Sociales del Estado no tienen ni superior jerárquico ni funcional, ya que ellos se encuentran dentro de la Dirección y son los representantes legales de la entidad.

*“¿Un Gerente puede ser removido por causales diferentes a las previstas en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016?”*

En cuanto al nombramiento de los Gerentes de una Empresa Social del Estado, la Ley 1797 de 2016, establece lo siguiente:

*“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.*

*(...)”*

Conforme a las disposiciones normativas vigentes, los gerentes de las Empresas Sociales del Estado sólo podrán ser retirados de dicho periodo por evaluación insatisfactoria del plan de gestión de acuerdo con el procedimiento de la Ley 1438 de 2011 y por destitución o por orden judicial.

En consecuencia, el Gerente de una ESE no podrá ser retirado del cargo por causales diferentes a las previstas en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016.

*“¿Contra la decisión que resuelva un incidente de nulidad dentro de un procedimiento administrativo de abandono de cargo proceden recursos?”*

La ley 1437 de 2011 establece:

*“ARTÍCULO 242. Reposición. El recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario. En cuanto a su oportunidad y trámite, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso.”* (Subrayado fuera del texto)

Conforme a lo anterior y para dar respuesta a su consulta, contra la decisión que resuelva un incidente de nulidad dentro de un procedimiento administrativo procede el recurso de reposición.

*“¿Un Gerente de una Empresa Social del Estado debe laborar presencialmente los sábados, 28 domingos y festivos?”*

Como se manifestó al principio de este concepto, esta Dirección Jurídica considera que el Gerente de una Empresa Social del Estado no está sometido al cumplimiento de horario, sino que, por el contrario, está comprometido en todo momento al ejercicio de las funciones que le son propias. Por lo tanto, deberá estar disponible de manera permanente, no obstante, la disponibilidad no lo obliga a que tenga que estar de manera presencial en la entidad los días sábados, domingos y festivos.

*“¿Una comisión de servicios conferida por funcionario sin competencia es una justa causa para no ir a trabajar?”*

Esta Dirección Jurídica reitera que la comisión de servicios es una de las situaciones administrativas en la que se puede encontrar un servidor público y se otorga para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.

En consecuencia, no se debe entender como una situación en la que el servidor al que se le confirió la comisión no este trabajando, por el contrario, esta ejerciendo las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo.

Por lo tanto, una comisión de servicios, independientemente de que la haya o no concedido el funcionario competente, no se puede entender como una justa causa para no ir a trabajar. De igual manera se reitera que, el acto administrativo expedido por la administración mediante la cual se otorgó una comisión de servicios, se presume legal y es obligatoria hasta tanto no sean declarada nula por las autoridades competentes para ello, es decir, por los jueces de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, esta Dirección Jurídica considera que si una comisión de servicios se otorga por persona diferente a la competente, se deberá acudir ante los jueces de lo contencioso administrativo para que se pronuncien sobre la legalidad del acto administrativo.

Me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Armando López Cortés

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

2 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

3 Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

4 POR LA CUAL SE DICTAN DISPOSICIONES QUE REGULAN LA OPERACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.

5 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6 Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:00:17*