



Concepto 059601 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000059601

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000059601

Fecha: 01/02/2024 03:50:36 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. GERENTE E.S.E. RAD.: 20239001147852 de 22 de diciembre de 2023

En atención a su comunicación, mediante la cual consulta:

“...Según el artículo 28 de la Ley 1122 de 2002 [Sic], estipula la elección de los gerentes a través de concurso de méritos y aprueba la reelección de los gerentes de las empresas sociales del estado por una sola vez. No obstante, la Ley 1797 de 2016, en su artículo 20, cambia dicha elección a través de los concursos de méritos, por la designación o nombramiento de los gerentes de las empresas sociales, por el alcalde, gobernador o presidente, previo cumplimiento de los requisitos del cargo y evaluación de las competencias que defina el DAFP.

Es decir, da a entender que si se realiza el nombramiento de un gerente basado en el artículo 20 de la Ley 1797, para un tercer periodo, esta no se considera una segunda reelección, pues el proceso de la reelección es un procedimiento con un trámite diferente y se sustenta en otra normativa, sumado a que en el artículo 28, de la Ley 1797 de 2006 [Sic], deroga todas las normas que le sean contrarias. Por lo tanto; Un gerente que ya haya sido reelegido por una vez, bajo la luz del artículo 28 de la ley 1122 de 2008 [Sic], al ser nombrado para un tercer periodo bajo la luz del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016;

¿Se considera una reelección o una nueva designación?

¿Si se considera una nueva designación, se puede realizar?

Conforme el artículo 70 de la Ley 1438 de 2011, el gerente de una Empresa Social del Estado no hace parte de la junta directiva y según el artículo 71 de la ley 1438 de 2011, describe las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de la junta directiva, por lo tanto; ¿Un gerente de una empresa social del estado que termina su periodo institucional el 31 de marzo de 2024, puede ser designado como gerente de otra empresa social del estado de otro municipio o del departamento a la luz del artículo 20 de la ley 1797 de 2016?

¿Puede ser designado en un cargo de libre nombramiento o de provisionalidad de la misma entidad? ¿Puede ser nombrado en un cargo de libre nombramiento o de provisionalidad de otra empresa social del estado o entidad del sector salud?...” [Sic]

En relación con el nombramiento de gerentes de las Empresas Sociales del Estado, 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.”, 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.

(...)

ARTÍCULO 28. Vigencia y derogatoria. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

De la anterior norma transcrita, podemos concluir 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, 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.

En concordancia, la Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”, precisa:

ARTÍCULO 28. De los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 800 de 2008. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-181 de 2010, en el entendido de que la terna a la que se refiere deberá ser conformada por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el respectivo concurso de méritos; de que el nominador de cada empresa social del Estado deberá designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje; y de que el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero.

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, o previo concurso de méritos.

En caso de vacancia absoluta del gerente deberá adelantarse el mismo proceso de selección y el período del gerente seleccionado culminará al vencimiento del período institucional. Cuando la vacancia se produzca a menos de doce meses de terminar el respectivo período, el Presidente

de la República o el jefe de la administración Territorial a la que pertenece la ESE, designará gerente.

Es importante tener presente que esta entidad no cuenta con la facultad legal para determinar la vigencia de las normas, dicha competencia es propia del Ministerio de Justicia y del Derecho; no obstante, en criterio de esta Dirección jurídica existen algunas disposiciones derogadas de manera expresa de la Ley 1122 de 2007, como el párrafo del artículo 3°, el literal (c) del artículo 13, los literales (d) y (j) del artículo 14 por la ley 1438 de 2011 "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", la cual expresa:

ARTÍCULO 145. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias, en especial los párrafos de los artículos 171, 172, 175, 215 y 216 numeral 1 de la Ley 100 de 1993, el párrafo del artículo 3°, el literal (c) del artículo 13, los literales (d) y (j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, el artículo 121 del Decreto-ley 2150 de 1995, el numeral 43.4.2 del artículo 43 y los numerales 44.1.7, 44.2.3 del artículo 44 de la Ley 715 de 2001, así como los artículos relacionados con salud de Ley 1066 de 2006. (Negrilla y cursiva fuera de texto)

Luego de la transcripción de la norma podemos concluir que, si bien es cierto la Ley 1797 de 2016 incorporo grandes aspectos de la Ley 1122 de 2007, esta no es contraria, contrario sensu, es complemento, por lo tanto, además de las disposiciones derogadas mencionadas, la Ley 1797 de 2016 y la Ley 1122 de 2007 se encuentran vigentes.

En consecuencia, a continuación, damos respuesta a cada una de sus preguntas, de la siguiente manera:

Un gerente que ya haya sido reelegido por una vez, bajo la luz del artículo 28 de la ley 1122 de 2008 [SIC], al ser nombrado para un tercer periodo bajo la luz del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016

¿Se considera una reelección o una nueva designación?

¿Si se considera una nueva designación, se puede realizar?

Respuesta: De conformidad con lo anteriormente precisado, atendiendo su primera pregunta, de la transcripción de las normas, se concluye, que de conformidad con la vigencia del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, sin afectar la vigencia del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, luego no es posible la reelección un tercer periodo, por lo tanto, se considera que lo procedente en el presente régimen se aplica y restringe la reelección, luego no es posible hablar de una nueva designación.

Conforme el artículo 70 de la Ley 1438 de 2011, el gerente de una Empresa Social del Estado no hace parte de la junta directiva y según el artículo 71 de la ley 1438 de 2011, describe las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de la junta directiva, por lo tanto;

¿Un gerente de una empresa social del estado que termina su periodo institucional el 31 de marzo de 2024, puede ser designado como gerente de otra empresa social del estado de otro municipio o del departamento a la luz del artículo 20 de la ley 1797 de 2016?

Respuesta: Respecto a las prohibiciones para los servidores públicos, la Ley 1952 de 2019 "Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario, lo siguiente:

ARTÍCULO 56. Faltas relacionadas con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses:

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de un (1) año después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual presta sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo al que haya estado vinculado.

Esta incompatibilidad será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existen sujetos claramente determinados.

De acuerdo con el texto legal citado, un empleado no podrá prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, con respecto de la entidad en la cual presta sus servicios. Tampoco podrá prestar servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes están sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que está vinculado. Esta prohibición presenta dos posibilidades:

Cuando se trata de asuntos concretos de los cuales el servidor conoce o conoció en ejercicio de sus funciones (aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados). En este caso, la prohibición de asistir, asesora o representar es indefinida.

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, con respecto de la entidad en la cual presta sus servicios.

No obstante, debe aclararse que esta limitación opera para quienes, habiendo sido servidores públicos, prestan, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría, prohibición que no es aplicable en el caso de una nueva vinculación como servidor público.

En consecuencia, un gerente de una empresa social del estado que termina su periodo institucional el 31 de marzo de 2024, puede ser designado como gerente de otra empresa social del estado de otro municipio o del departamento.

¿Puede ser designado en un cargo de libre nombramiento o de provisionalidad de la misma entidad?

Respuesta: En concordancia con a la respuesta anterior, la limitación opera para quienes, habiendo sido servidores públicos, prestan, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría, prohibición que no es aplicable en el caso de una nueva vinculación como servidor público.

En consecuencia, un gerente de una empresa social del estado que termina su periodo institucional el 31 de marzo de 2024, puede ser designado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de provisionalidad de la misma entidad.

¿Puede ser nombrado en un cargo de libre nombramiento o de provisionalidad de otra empresa social del estado o entidad del sector salud?

Respuesta: Reiterando, un gerente de una empresa social del estado que termina su periodo institucional el 31 de marzo de 2024, puede ser nombrado en un cargo de libre nombramiento o de provisionalidad de otra empresa social del estado o entidad del sector salud

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 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

Dirección Jurídica.

Proyectó: Julian Garzón L.

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:53:29