



Concepto 181761 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000181761

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000181761

Fecha: 26/03/2024 03:49:29 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. REELECCION GERENTE E.S.E RAD.: 20249000148562 Fecha: 2024-02-16

“...Una persona fue designada como Gerente de una ESE Departamental para el periodo 2016-2020 previa evaluación de sus competencias por el Departamento Administrativo de la Función Pública, ello según las exigencias del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016. Luego fue designada, con aplicación del mismo régimen de nombramiento, como Gerente de la misma ESE por el nuevo Gobernador del para el período 2020-2024. Se pregunta si esa persona puede ser designada por tercera vez como Gerente de la entidad referida, por el Gobernador que inicio su período el 1 de enero de 2024, ya que el artículo 28 inciso 2 de la Ley 1122 de 2007 estipula que los Gerente de las ESES pueden ser reelegidos por una sola vez, siempre y cuando su gestión haya sido satisfactoria o participe y ocupe el primer lugar en un concurso de méritos.

Sin embargo, con la Ley 1797 de 2016, cambió sustancialmente la normativa sobre la designación de los gerentes. El cargo siguió siendo de libre nombramiento y remoción con período fijo, pero desapareció el concurso de méritos como requisito previo a la designación, y, en su lugar, se le exige al nominador verificar las competencias para ejercer el cargo determinadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública y los requisitos previstos en la ley para desempeñar el cargo. También porque Honorable Consejo de Estado en sentencia de nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) (, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación 54001-23-33- 000-2020-00470-01, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra) sostiene que el cargo de Gerente de una ESE conforme a su última regulación por la Ley 1797 de 2016: i) es de libre nombramiento y remoción con período fijo; ii) la nominación la hace el jefe de la administración bien sea Presidente de la República, Gobernador o Alcalde según el nivel a que pertenezca la entidad; iii) previa verificación de las competencias establecidas por el Departamento Administrativo de la Función Pública; iv) verificación de los requisitos establecidos en la ley para el desempeño del cargo; v) por un período institucional de cuatro años contados desde su posesión hasta 3 meses después de iniciado el período institucional del Presidente de la República, el Gobernador o el Alcalde; y vi) solo puede ser retirado del cargo por evaluación insatisfactoria del plan de gestión, por destitución o por orden judicial. De la misma manera determina que el concurso de méritos como requisito previo para el nombramiento del Gerente ha desaparecido, e igualmente que la Junta Directiva ya no tiene injerencia en su designación. Y en cuanto respecta a la reelección y su limitación a una sola vez, concluye que también ha dejado de ser parte de la normatividad, en virtud del fenómeno jurídico de la subrogación que es una de las formas por medio de las cuales las normas jurídicas pierden su vigencia”.

En primer lugar, 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.

Por su parte, 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, si bien es cierto la Ley 1797 de 2016 incorpora grandes aspectos de la Ley 1122 de 2007, esta no es contraria, contrario sensu, es complemento, por lo tanto, además de las disposiciones derogadas anteriormente precisadas, la Ley 1797 de 2016 y la Ley 1122 de 2007 se encuentran vigentes.

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.

De acuerdo con lo expuesto, 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.

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.

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 14:21:31