



Función Pública

## Concepto 315271 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000315271\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000315271

Fecha: 17/07/2020 04:19:59 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO - EMPLEO DE PERIODO. Estabilidad laboral reforzada del Gerente de ESE por como prepensionado. RAD. 20202060276682 del 1 de julio de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual realiza varios cuestionamientos relacionados con el retiro del servicio de la gerente de la Empresa Social del Estado - Hospital Nuestra Señora Del Perpetuo Socorro de Uribe - La Guajira, que terminó su periodo pero que se niega a retirarse del cargo pues alega que tiene estabilidad laboral reforzada por presentarse la condición de prepensionada; además indica que por vía de tutela se concedió el amparo constitucional a la estabilidad laboral reforzada de la gerente pero que otra decisión judicial dejó sin efecto la primera y en tal virtud consulta sí, es pertinente dar espera a que se surta la impugnación, o exigir el cumplimiento del acto administrativo de nombramiento del nuevo gerente de la empresa social del estado, si se debe aplicar de inmediato la separación del cargo, o el reconocimiento de la pensión, así como otras preguntas relacionadas con la validez y los efectos jurídicos de los actos administrativos, negocios jurídicos, y actuaciones administrativas ejecutadas, expedidos o adelantados con posterioridad a la vigencia del periodo de nombramiento de la gerente (31 de marzo de 2020), me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016<sup>1</sup>, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde una valoración concreta de casos particulares, no funge como órgano de control o vigilancia, ni se encuentra facultado para declarar derechos individuales, tampoco le compete dirimir controversias o decidir si las actuaciones de los servidores públicos o de las entidades públicas son legales, cuya decisión está atribuida a los jueces de la República.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su competencia.

Ahora bien, en cuanto al derecho de tutela, la Constitución política, señala:

*"ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.*

*El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. (...)" (Destacado nuestro)*

Sobre el reconocimiento de derechos ordenados por sentencia judicial emanada de los jueces de tutela, el Decreto 2591 de 1991<sup>2</sup>, señala:

*"ARTÍCULO 23. PROTECCION DEL DERECHO TUTELADO. Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible.*

*Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de alcance particular y lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción.*

*En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto."* (Destacado nuestro)

*"ARTÍCULO 27. CUMPLIMIENTO DEL FALLO. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.*

*Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.*

*Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.*

*En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza. (Subrayado fuera de texto)*

*"ARTÍCULO 28. ALCANCES DEL FALLO. El cumplimiento del fallo de tutela no impedirá que se proceda contra la autoridad pública, si las acciones u omisiones en que incurrió generaren responsabilidad.*

*La denegación de la tutela no puede invocarse para excusar las responsabilidades en que haya podido incurrir el autor del agravio.*

*"ARTÍCULO 31. IMPUGNACIÓN DEL FALLO. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato. (Destacado nuestro)*

*Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión."*

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Adriana María Guillén Arango (E), Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, expidieron el auto 132 de 2012, sobre el cumplimiento de la sentencia de tutela T-013 de 2011. Al respecto indicaron:

*“En su jurisprudencia esta Corte ha establecido que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, los fallos de tutela deben cumplirse de forma inmediata y tal cual como fue ordenado en su parte resolutive, sin perjuicio de que el mismo pueda ser impugnado y llevado a revisión de la Corte Constitucional. Este deber de cumplimiento inmediato se justifica en la medida en que está en juego el carácter normativo de la Constitución, así como la protección de otros derechos de carácter fundamental, a parte del protegido mediante el fallo y la realización de los fines del Estado. Adicionalmente y respecto del cumplimiento de los fallos de tutela esta Corporación también ha establecido que los mismos deben cumplirse de buena fe, circunscribiéndose a lo establecido en las precisas órdenes emitidas en el fallo de tutela así como en la ratio decidendi de la misma. Igualmente se debe cumplir el mismo prestando atención al principio del efecto útil de la sentencia, procurando hacer efectivo el derecho material.*

(...)

*El artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, establece la posibilidad de impugnar el fallo de tutela, eventualidad que no impide dar cumplimiento inmediato al fallo de tutela. Es decir, la impugnación se concede en efecto devolutivo y no en el suspensivo, así como también la revisión por parte de la Corte Constitucional (artículo 35 del Decreto 2591 de 1991), por cuanto no es posible suspender los efectos del fallo hasta tanto decida el ad quem o la misma Corte en la eventual revisión y ello se debe a lo establecido en el artículo 86 de la Carta Política cuyo objetivo principal es la protección inmediata de los derechos fundamentales.”* (Destacado fuera del texto)

En igual sentido, la misma corporación con magistrado ponente Hernando Herrera Vergara<sup>3</sup>, señaló:

*“La apelación de sentencias de tutela se debe conceder en el efecto DEVOLUTIVO, por cuanto no está permitido al a-quo suspender los efectos del fallo hasta que se resuelva el asunto en segunda instancia. Si bien un fallo de tutela en primera instancia puede ser recurrido por cualquiera de las partes dentro de los términos establecidos por la ley, su cumplimiento por éstas es obligatorio mientras se surte la segunda instancia, la cual, de confirmarlo, dejará en firme la actuación del a-quo, pero en caso de revocarlo, dejará sin efectos totales o parciales el fallo objeto de apelación, y producirá otros, los cuales las partes deberán acatar.”* (Destacado fuera del texto)

De acuerdo con las anteriores disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales, toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. El fallo que se profiera en tal virtud, será de inmediato cumplimiento.

En consecuencia, para el caso que nos ocupa, es claro que las sentencias de tutela deben cumplirse de inmediato atendiendo los estrictos términos en los que fueron dictados, dentro de los términos legalmente establecidos, independientemente de que la misma sea impugnada.

Por otro lado, sobre la elección de Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, la Ley 1797 de 2016 dispuso 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. (...)*

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.

Conforme a lo expuesto, a partir de la vigencia de la Ley 1797 de 2016 cambió el procedimiento para el nombramiento del gerente o director de las Empresas Sociales del Estado del orden nacional, departamental o municipal. En la citada ley se indica que serán nombrados directamente el Presidente, el gobernador o el alcalde, según que se trate del orden nacional, departamental o municipal, 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, que son las indicadas en la Resolución 680 de 2016.

De otra parte, es preciso señalar, que el empleo de Gerente de una ESE corresponde a un cargo de período institucional y no personal, en este sentido, debe entenderse, que concluido el período para el cual fueron elegidos tales funcionarios se produce una vacancia del empleo, y en tal consideración la autoridad competente estaría llamada a efectuar una nueva designación por el período establecido.

Ahora bien, frente al vencimiento de los empleos de período, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto con Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00095-00(2032) de fecha 29 de octubre de 2010, Consejero ponente: William Zambrano Cetina, manifestó lo siguiente:

*“... en Concepto 1860 del 6 de diciembre de 2007<sup>4</sup>, esta Sala señaló que la regla de continuidad establecida desde la Ley 4 de 1913 debe entenderse derogada respecto de los funcionarios de periodo institucional (cargos de elección con periodo constitucional o legal -art.125 C.P.-), dado que su mandato es improrrogable y conlleva el retiro automático del cargo una vez cumplido el respectivo periodo. Al respecto se indicó:*

*“El vencimiento de un período institucional por tratarse de un cargo de elección, ya sea por mandato constitucional o legal, de un servidor público, produce su separación automática del cargo y en tal virtud, debe dejar válidamente de desempeñar las funciones del mismo, sin que incurra en abandono del cargo puesto que el carácter institucional del período hace imperativo que tan pronto el funcionario lo cumpla, cese inmediatamente en sus atribuciones y no desarrolle actuación adicional alguna ni expida actos administrativos con posterioridad al vencimiento del término, pues ya carece de competencia para ello.*

*En este aspecto la Sala considera que el artículo 281 del Código de Régimen Político y Municipal, la ley 4<sup>a</sup> de 1913, se encuentra derogado en cuanto se refiere a cargos públicos de elección cuyos períodos son institucionales, conforme a la mencionada reforma constitucional.*

(...)

*El carácter institucional del período, de acuerdo con el actual párrafo del artículo 125 de la Carta<sup>5</sup>, implica que el plazo es imperativo, de forzoso cumplimiento, de manera que no se puede extender el ejercicio del cargo más allá del término y en este sentido se debe entender derogada la disposición transcrita para los empleos de elección por período fijo.”*

*En ese sentido, quedaba ratificado lo afirmado por la Sala en el Concepto 1743 de 2006, en cuanto a que, conforme al Acto Legislativo 1 de 2003 (que adicionó el artículo 125 de la Constitución), la persona elegida para ocupar un cargo de periodo institucional “no puede tomar posesión antes de la fecha de inicio ni retirarse después de la fecha de terminación”.*

En síntesis, respecto de los funcionarios de periodo institucional, no opera la regla de continuidad sino de desinversión automática, que les obliga a la separación inmediata del cargo al vencimiento de su periodo, sin que ello produzca abandono del cargo. Los demás funcionarios de periodo deberán permanecer en el cargo hasta que asuma el mismo quien debe reemplazarlos, salvo, que la ley prevea una solución especial (diferente) para la transición o que se de alguna de las excepciones del artículo 34-17 de la Ley 734 de 2002, y sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de renuncia que tiene cualquier servidor público<sup>6</sup>." (Subraya y negrilla nuestra)

De las normas citadas y el pronunciamiento del Consejo de Estado puede inferirse que, para los funcionarios de *periodo institucional*, como es el caso de los Gerentes de ESE, no opera la regla de *continuidad* sino de *desinversión automática*, que les obliga a la separación inmediata del cargo al vencimiento de su periodo, sin que ello produzca abandono del cargo. En dicho sentido, una vez finalizado el período para el cual fueron designados los Gerentes de las ESES deberá operar un retiro inmediato de quien desempeña dicho empleo, siendo responsabilidad de la autoridad correspondiente producir una nueva designación.

En efecto, el Consejo de Estado ha sido reiterativo en señalar que al vencimiento del periodo se produce una vacancia, causando con ello el retiro automático como consecuencia del vencimiento del periodo, el cual, a tener el carácter institucional, es de forzoso cumplimiento, de manera que no se puede extender el ejercicio del cargo más allá del término. Lo anterior quiere decir que, tan pronto el funcionario lo cumpla, cesa inmediatamente en sus atribuciones y no deberá desarrollar actuación adicional alguna ni expedir actos administrativos con posterioridad al vencimiento del término, pues ya carece de competencia para ello.

En consecuencia, a fin de atender la consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, al Gerente de una Empresa Social del Estado, no goza de estabilidad laboral reforzada en este caso como prepensionado, en razón a que fue designado para desempeñar un empleo de periodo y su retiro obedece a una causal objetiva por terminación del periodo para el cual fue nombrado.

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 link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/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

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.
3. Sentencia No. T-068/95
4. Magistrado ponente: Gustavo Aponte Santos.
5. El artículo 125 de la Constitución establece lo siguiente:

*“Artículo 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.(...)”*

*Parágrafo. - (Adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 2003, art. 6º).- Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido” (Resalta la Sala).*

6. Concepto 643 de 1994, M.P. Humberto Mora Osejo.

---

*Fecha y hora de creación: 2025-08-02 07:33:55*