



Concepto 495431 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000495431

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000495431

Fecha: 31/07/2024 06:28:17 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NUC 152386000212202310744 Fiscalía 41 SECCIONAL DUITAMA

Delito: Prevaricato por Acción Art. 413 C.P

Tema: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES -

Reelección de gerente de una ESE. Rad. 20249000586522

de fecha 29 de julio de 2024.

En primer lugar, se considera importante analizar los parámetros legales y jurisprudenciales que han de tenerse en cuenta a la hora de estudiar y aplicar el régimen general de inhabilidades.

la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo con radicación 11001-03-28-000- 2016-00025-00(IJ) del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), con ponencia de la Magistrada Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, estableció que:

"las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del Legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección."

(...) "estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual servidor público antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones

que se resumen, por ejemplo, en "hacer", "no hacer", "haber hecho" o "no haber hecho", así como en "ser", "no ser", "haber sido" o "no haber sido.

Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía."

Aunado a lo anterior, la corporación que por excelencia ostenta la salvaguarda de nuestra Constitución Política, en reiterados pronunciamientos¹ ha sido consistente al manifestar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia proferida el 8 de febrero de 2011, refiriéndose al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

"Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

La normatividad y jurisprudencia citada nos permite concluir que, las inhabilidades ostentan un carácter prohibitivo, están expresamente fijadas por la Constitución y la Ley y su interpretación es restrictiva, habida cuenta de que son reglas fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, motivos por los cuales no es procedente hacer respecto de ellas algún tipo de analogías, como tampoco resulta ajustado a derecho, que el intérprete les desdibuje para hacerlas extensivas a circunstancias no comprendidas de manera expresa por el Legislador.

Al respecto, es importante mencionar que 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, establece:

"ARTÍCULO 28. DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO.

(...)

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.".

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, 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.

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.

Ahora bien, 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.

En este orden de ideas, en el marco jurídico actual, el Presidente de la República, los Gobernadores y los Alcaldes cuentan con la facultad legal para nombrar a los Gerentes o Directores de Empresas Sociales del Estado, en ese sentido, no existe concurso de méritos para acceder al cargo, ahora bien, respecto de la reelección se tiene que la misma procede por una sola vez y solo cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el reglamento, por consiguiente, quien haya sido reelegido en el cargo de gerente no podrá aspirar a un nuevo período de forma inmediata aun en el caso que el primer período haya sido por concurso y el segundo por designación de la autoridad correspondiente.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica ha sido consistente al manifestar que quien haya sido reelegido una vez en el cargo de gerente de ESE, no podrá ser reelegido para un tercer período consecutivo, en consecuencia, para aspirar al cargo nuevamente debió o deberá dejar transcurrir al menos un período legal (4 años).

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Harold Herreño

Revisó y aprobó. Armando López Cortes 11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

2 Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:13:25