



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 527181

Fecha: 26/10/2020

Bogotá D.C.

REF.: ENTIDADES. Competencia. EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Designación Gerente. Encargo del Gerente de una E.S.E.RAD.: 20202060471502 del 25 de septiembre de 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, por medio de la cual usted consulta sobre la designación en encargo del Gerente de la ESE Hospital Local de Cartagena de Indias y solicita información sobre la evaluación adelantada por este Departamento Administrativo al candidato a la mencionada gerencia; al respecto, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, de manera general frente a su consulta, es imperante aclarar que de conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016 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.

Por lo anterior, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones particulares de las entidades, actuar como ente de control o de investigación, como tampoco determinar o pronunciarnos sobre la legalidad de las actuaciones administrativas o de la fundamentación de los actos administrativos, toda vez que esa es una facultad y competencia, asignadas constitucional y legalmente a los jueces de la república.

Aclarado lo anterior, esta Dirección Jurídica dará respuesta a sus interrogantes, dentro del marco de nuestras competencias, así:

Preguntas No. 1, 2 y 3:

No somos competentes para dar respuesta a las preguntas No. 1, 2 y 3; ya que son los Jueces de la República y los órganos de control, como la Procuraduría General de la Nación, a quienes corresponde pronunciarse sobre las actuaciones y conductas de los servidores públicos.

No obstante lo anterior, de forma general sobre la designación del gerente de una Empresa Social del Estado ESE, se destaca que el artículo 20 de 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”, dispone:

“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 Republica, 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 2001 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 Republica 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”.

Conforme a lo anterior, es facultad del Presidente de la República, de los gobernadores y de los alcaldes nombrar a los gerentes de ESE respectivos dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, para tal efecto, deberán verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años.

Así las cosas, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 de la citada Ley 1797 de 2016, en el nivel territorial los gerentes de ESE serán nombrados por el gobernador o alcalde respectivo, 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.

De igual manera el 4 de marzo de 2020, se expidió la Circular 004 de 2020, emanada del Ministerio de Salud y Protección Social y del Departamento Administrativo de la Función Pública, dando lineamientos, a efectos de dar cabal cumplimiento al mecanismo de provisión del empleo de Gerente o Director de Empresas Sociales del Estado, conforme a los siguientes términos:

“El Plan Nacional de Desarrollo 2018 - 2022 “, Pacto por Colombia, pacto por la equidad” propone lograr un consenso sobre la visión de largo plazo del sistema de salud, centrada en atención de calidad al paciente, cobertura universal sostenible financieramente y acciones de salud pública consistentes con el cambio social del país, para lo cual, es fundamental fortalecer los hospitales públicos con los mejores gerentes.

Por lo anterior y con el fin que el nombramiento de los gerentes o directores recaiga en los más idóneos, el pasado 21 de febrero se suscribió entre la Federación Nacional de Departamentos y el Ministerio de Salud y Protección Social el "Pacto por la transparencia en el nombramiento de los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado" en el cual los gobernadores se comprometieron a aplicar .en su jurisdicción estrictamente el principio de selección objetiva y el Gobierno nacional a brindar el apoyo que se requiera.

En cumplimiento de la normativa vigente¹ el Gobierno nacional dispuso de manera gratuita las herramientas que permitirán evaluar las competencias que deben acreditar los aspirantes que postulan los gobernadores y los alcaldes a ocupar dicho empleo en las Empresas Sociales del Estado, para lo cual se habilitó el correo selecciongerentesese@funcionpublica.gov.co al que podrán remitir sus solicitudes de acompañamiento del Departamento Administrativo de la Función Pública”.

En el marco de lo anterior, los Gobernadores se comprometen a aplicar en su jurisdicción el principio de selección objetiva y el Gobierno Nacional a brindar el apoyo que se requiera, con las herramientas que le permitan evaluar las competencias que deben acreditar los aspirantes que postulen los Gobernadores y Alcaldes para ocupar el cargo de Gerentes de las ESE, esto es que se establece la selección por mérito de las personas más idóneas para ocupar dichos cargos.

Adicionalmente, resulta oportuno tener en cuenta lo previsto en el Decreto 491 de 2020, por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, frente al periodo de los actuales Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, así:

“ARTÍCULO 13. Facultad para ampliar el período institucional de gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado. Los gobernadores y alcaldes podrán ampliar, por un término de 30 días, el período institucional de los gerentes o directores de Empresas Sociales del Estado que termina en el mes de marzo de 2020.

Si el alcalde o gobernador no amplía el período, deberá proceder a nombrar al gerente o director, de acuerdo con el procedimiento señalado en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016. Si deciden ampliar el período, una vez finalizados los 30 días a que se refiere el inciso anterior, el alcalde o gobernador nombrará el nuevo gerente o director, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016. El período institucional del nuevo gerente o director iniciará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del período constitucional del gobernador o del alcalde respectivo.”

Por lo anterior en esta oportunidad, debido al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, será posible ampliar por un término de 30 días el periodo institucional de los actuales gerentes de las Empresas Sociales del Estado.

Ahora bien, con relación al encargo de los Gerentes de las ESES, el Decreto 1083 de 2015, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.9.7 Encargo. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo”.

De acuerdo con lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, al presentarse una falta absoluta del Gerente o Director de una Empresa Social del Estado, se considera que se designa a dicho empleado, con el objetivo de no afectar la continuidad en la prestación de los servicios en la empresa, el Alcalde como nominador, podrá, designar en forma temporal mediante encargo a un empleado de la misma institución o de otra entidad de la Administración municipal, mientras se nombra el titular cumpliendo con el procedimiento y los requisitos establecidos en la ley para dicha designación.

Si en la Administración o en la Empresa Social del Estado no hay un empleado con los requisitos exigidos para ser encargado como gerente, se tendrá que certificar dicha situación y se procederá a nombrar de forma temporal o transitoria a una persona particular que cumpla con los requisitos requeridos, quien estará vinculado mientras se adelanta el proceso de selección para proveer de forma definitiva el empleo.

Pregunta No. 4. Procedimiento evaluación de competencias.

-

El Decreto 1427 del 1º de septiembre de 2016, que reglamentó el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, establece:

“ARTÍCULO 2.5.3.8.5.1. Evaluación de competencias. Corresponde al Presidente de la República, a los gobernadores y a los alcaldes como autoridades nominadoras orden nacional, departamental y municipal, respectivamente, evaluar, a través de pruebas escritas, las competencias señaladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, para ocupar el empleo director o gerente las Empresas Sociales del Estado.

(...).

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.3. Evaluación de las competencias para ocupar el empleo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial. Las competencias del aspirante o aspirantes a ocupar el cargo de director o gerente de las Empresas del Estado del orden departamental, distrital o municipal, señaladas el Departamento Administrativo de la Función Pública, serán evaluadas por el gobernador o el alcalde, de lo cual se dejará evidencia.

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.4. Apoyo de la Función Pública en la evaluación de competencias. El Departamento Administrativo de la Función Pública -adelantará de manera gratuita, cuando el respectivo nominador así se lo solicite, la evaluación las competencias del aspirante o aspirantes a ocupar el cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado del nivel departamental, distrital o municipal.

Cuando la Función Pública adelante el proceso de evaluación de competencias indicará al gobernador o alcalde si el aspirante cumple o no con las competencias requeridas y dejará evidencia en el respectivo informe.”

ARTÍCULO 2.5.3.8.5.5. Nombramiento. El nombramiento del gerente o director de la Empresa Social del orden nacional, departamental o municipal, recaerá en quien acredite los requisitos exigidos para el desempeño y las competencias requeridas.

En ese sentido, para efectos de adelantar la evaluación de competencias de los aspirantes a ocupar el cargo de Director o Gerente de ESE, este Departamento Administrativo expidió la Resolución No. 680 de 2016, «por la cual se señalan las competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado», que según su artículo 3º, las competencias y conductas asociadas que se evaluarán al candidato o candidatas que aspiren a acceder al empleo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado, son las siguientes:

1. Compromiso con el servicio público

2. Orientación a los resultados

3. Manejo de las relaciones interpersonales

4. Planeación

5. Manejo eficaz y eficiente de los recursos

El candidato además deberá acreditar los requisitos de título profesional y experiencia en el sector salud (formación académica y experiencia exigidos en el artículo 22 del Decreto Ley 785 de 2005 para el caso de las ESE del nivel territorial).

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 la nominación la podrá hacer 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 anteriormente de acuerdo con la Resolución 680 de 2016.

Preguntas No. 5 y 6

Al presente me permito adjuntar la solicitud de evaluación elevada por la Alcaldía de Cartagena de Indias, y el oficio No. 20201010158751, a través del cual este Departamento Administrativo, presentó el informe correspondiente a la evaluación de competencias solicitada.

Con relación a la documentación relacionada con la evaluación de competencias adelantada y los anexos de la solicitud, como la hoja de vida del candidato, se precisa que:

La Ley Estatutaria 1581 de 2012, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales” consagra:

“ARTÍCULO 5. Datos sensibles. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.

“ARTÍCULO 6. Tratamiento de datos sensibles. Se prohíbe el Tratamiento de datos sensibles, excepto cuando:

a) El Titular haya dado su autorización explícita a dicho Tratamiento, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización;

b) El Tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del Titular y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado. En estos eventos, los representantes legales deberán otorgar su autorización;

c) El Tratamiento sea efectuado en el curso de las actividades legítimas y con las debidas garantías por parte de una fundación, ONG, asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refieran exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares por razón de su finalidad. En estos eventos, los datos no se podrán suministrar a terceros sin la autorización del Titular;

d) El Tratamiento se refiera a datos que sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial;

e) El Tratamiento tenga una finalidad histórica, estadística o científica. En este evento deberán adoptarse las medidas conducentes a la supresión de identidad de los Titulares.”

Por su parte, el Decreto 1377 de 2013, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1581 de 2012, dispone:

“ARTÍCULO 6. De la autorización para el Tratamiento de datos personales sensibles. El Tratamiento de los datos sensibles a que se refiere el artículo 5° de la Ley 1581 de 2012 está prohibido, a excepción de los casos expresamente señalados en el artículo 6° de la citada ley.

En el tratamiento de datos personales sensibles, cuando dicho tratamiento sea posible conforme a lo establecido en el artículo 6° de la Ley 1581 de 2012, deberán cumplirse las siguientes obligaciones:

1. Informar al titular que por tratarse de datos sensibles no está obligado a autorizar su Tratamiento.

2. Informar al titular de forma explícita y previa, además de los requisitos generales de la autorización para la recolección de cualquier tipo de dato personal, cuáles de los datos que serán objeto de Tratamiento son sensibles y la finalidad del Tratamiento, así como obtener su consentimiento expreso.

Ninguna actividad podrá condicionarse a que el Titular suministre datos personales sensibles.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, es posible afirmar que la prohibición de tratamiento de datos sensibles es una garantía del habeas data y del derecho a la intimidad, y además se encuentra estrechamente relacionada con la protección de la dignidad humana, sin embargo, en ciertas ocasiones el tratamiento de tales datos es indispensable para la adecuada prestación de servicios o para la realización de derechos ligados precisamente a la esfera íntima de las personas.

Es importante precisar que, las excepciones que consagra la Ley responden precisamente a la necesidad del tratamiento de datos sensible en dichos escenarios.

A la luz de la norma y jurisprudencia previamente citada, no encuentra esta Dirección Jurídica que sea procedente entregar la información a que hace referencia su consulta, salvo que dicha información se entregue atendiendo alguna de las excepciones previstas en la Ley.

Aunado a todo lo anterior, es importante mencionar que los tiempos de respuesta y de las actuaciones de las entidades administrativas, son discrecionales dentro del margen señalado en la Ley.

Pregunta No. 7

Nuevamente se reitera la falta de competencia de este Departamento Administrativo, para pronunciarse sobre la motivación de los actos administrativos expedidos por las Entidades públicas.

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 [/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

Adjunto documentación en 3 folios.

Proyectó: Nataly Pulido

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.