

REGISTRO PÚBLICO DE OBSERVACIONES DE LA CIUDADANÍA AL PROYECTO DE DECRETO
Por medio del cual se adiciona un párrafo al artículo 2.2.34.1.6 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública

NO.	FECHA	REMITENTE	OBSERVACIÓN	CONSIDERACIONES FUNCIÓN PÚBLICA
1	22 de agosto de 2018	Andrés Pablos Lleras	<p>1. El proyecto normativo propuesto es ilegal</p> <p>El nombramiento de Superintendentes - independientemente del ramo - es un tema de reserva legal. En efecto, el artículo 7 del Decreto Ley 775 de 2005 establece que los cargos de Superintendentes son de libre nombramiento y remoción. A su vez, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 define las causas de remoción de un funcionario de libre nombramiento y remoción, y el párrafo segundo de ese artículo establece que el acto de remoción no será motu proprio. Tanto el Decreto Ley 775 de 2005 como la Ley 909 de 2004 se refieren a las normas vigentes y son, por lo tanto, normas aplicables.</p> <p>En realidad, la legalidad en esta materia la introdujo el Decreto 1817 de 2015 al establecer (i) un proceso de selección para tres Superintendentes (de Sociedades, Financiero y de Industria y Comercio), (ii) ciertas calidades para los Superintendentes, (iii) un cargo fijo para los Superintendentes, y (iv) que estos podían ser removidos solo por medio de una decisión motivada.</p> <p>Hay dos razones por las que este decreto es ilegal. Primero, porque es un decreto que intenta modificar una norma de mayor jerarquía, como lo son una ley y un decreto ley. Y segundo, porque impone condiciones que, aunque son débiles, restringen la potestad presidencial de nombrar y remover Superintendentes libremente establecidas en normas legales.</p> <p>El proyecto normativo que se propone busca modificar, a su vez, el Decreto 1817 de 2015, por lo cual comparte la premisa de que es posible modificar las condiciones de nombramiento de los Superintendentes vía decreto, y no por vía de una ley o un decreto con fuerza de ley. Es decir, es ilegal porque considera que una ley y un decreto ley pueden modificarse por medio de un decreto, a pesar de ser este último una norma de menor jerarquía.</p> <p>Finalmente, es importante notar que el Decreto Ley 775 de 2005, es una norma especial, pues se refiere a Superintendencias, mientras que el Decreto 1083 de 2015 en general se refiere a distintos cargos de la función pública.</p> <p>En virtud de lo anterior es claro que prima la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 775 de 2005, y que los cambios que se le hagan a las potestades presidenciales respecto del nombramiento y remoción de los Superintendentes deben hacer parte de una ley o un decreto con fuerza de ley. Y por eso es que el proyecto normativo que se discute es ilegal.</p> <p>2. El proyecto normativo propuesto es inconstitucional</p> <p>El Decreto 1817 de 2015 se adoptó para cumplir con ciertas sugerencias que había hecho la OCDE en el proceso de acceso de Colombia a dicha organización. En particular, dicha organización internacional había notado que existe poca independencia entre los Superintendentes y el Presidente, presuntamente porque sus cargos de libre nombramiento y remoción. Y hay alrededor de como los Superintendentes no pueden tomar decisiones y ejercer sus cargos sin la injerencia del Presidente (y de sus ministros) en sus decisiones.</p> <p>El Decreto 1817 de 2015 es la solución que planteó en su momento el gobierno para hacerle frente a las observaciones de la OCDE. En su momento, varias personas manifestaron que era una mala solución precisamente porque el Presidente podía cambiar de opinión y expedir un decreto modificando los alcances del Decreto 1817 de 2015; no había nada en la OCDE que lo permitiera, pero el Presidente tenía la facultad de hacerlo.</p> <p>El proyecto normativo que busca modificar el Decreto 1083 de 2015 y que aquí se discute es precisamente un ejemplo de la debilidad que se seña cuando se expidió el Decreto 1817 de 2015. Sugiere que en realidad el gobierno puede modificar estas obligaciones a su cargo de acuerdo cuando lo considera conveniente, sin mayor atención a los riesgos que ello implica - riesgos (para los ciudadanos) que tienen que ver con la independencia de las decisiones de los Superintendentes. Ante la OCDE, este proyecto normativo muestra que el compromiso adquirido no era en serio, y para los ciudadanos muestra que el gobierno está dispuesto a cambiar las reglas de juego que limitan su actuar cuando le conviene. Además, a los dos les muestra que está dispuesto a hacerlo tomando atajos (trata de modificar un Decreto Ley con un Decreto en un atajo).</p> <p>En materia de la institucionalidad de libre competencia, es importante notar que se han tomado varios atajos legales. La expedición del Decreto 1817 de 2015 es uno de ellos. La expedición del Decreto 4886 de 2011 (que modificó el Decreto 3523 de 2009) que a su vez modificó el Decreto 1687 de 2010 (en 2010) es otro. Este decreto hace parte de una y a larga cadena de decretos que buscan modificar el Decreto Ley 2153 de 1992, a pesar de la obvia diferencia en el jerarquía de normas jurídicas. Sería bueno que el actual gobierno tomara la iniciativa de respaldar la legalidad y rompiese esta cadena de atajos.</p> <p>Sugerencias</p> <p>1. Adoptar una política de Estado que modifique las superintendencias y especialmente que consagre la independencia de los Superintendentes.</p> <p>El gobierno debería procurar adoptar una política de Estado que consagre la independencia de los Superintendentes (y, por supuesto, que el mismo no pueda modificar cuando cambie de parecer).</p> <p>(En realidad, se necesita un cambio profundo en materia de la estructura y de los fines de las Superintendencias. A pesar de todos los cambios que han tenido lugar, estas entidades siguen descansando en estructuras administrativas que son poco eficientes, poco justas, y poco adecuadas a la Luz de la Constitución Política de 1991).</p> <p>Un primer paso para lograr este cambio es convocar al Congreso un proyecto de ley de acuerdo con el cual los cargos de Superintendentes no son de libre nombramiento y remoción, sino que están sujetos a un concurso público, deben tener ciertas calidades profesionales y deben tener periodos fijos. En otras palabras, sería elevar el contenido del Decreto 1817 de 2015 a nivel de ley. Esto sería legal, en la medida en que la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 775 de 2005 sí pueden ser modificados por una ley. Además, mostraría que el compromiso que se adquirió con la OCDE es en serio, y a los ciudadanos nos muestra que las actuaciones del gobierno siguen una política de estado y no un análisis de conveniencia meramente coyuntural.</p> <p>2. Remitir que los actuales Superintendentes que cumplan los requisitos del Decreto 1817 de 2015 participen en el proceso de "invitación pública"</p> <p>Como ciudadano entiendo que el Gobierno considera que los actuales Superintendentes de Sociedades, Financiero y de Industria y Comercio han realizado una excelente labor y por eso desea reafirmarlos en estos cargos. Sin duda alguna, estas personas nos han venido prestando a todos un gran servicio. Sin embargo, su desempeño no debería ser la razón para trancar un compromiso legal que, además, supuestamente encarna una política pública (mas o menos) seria.</p> <p>En virtud de lo anterior, creo que si el Gobierno insiste en su curso de acción, entonces podría hacer dos cosas:</p> <p>a) Redactar un nuevo decreto, que rescate el Decreto 1817 de 2015 con los cambios que ahora se quieren introducir, y que se plantee dicho decreto como una forma de dar alcance a lo establecido en la Ley 909 de 2004 (art. 41 y par. 2) y el Decreto Ley 775 de 2002 (art. 7). Es decir, que se haga evidente que existe una continuidad entre las normas legales y los decretos que el Gobierno quiere sacar, y no continuar con la idea de reformar normas legales, de manera desautorizada, por medio de decretos. Aun así, este proyecto normativo va a tener las limitaciones que le impone la ley, pero por lo menos su legalidad será mas.</p> <p>b) Además de lo anterior, el nuevo proyecto normativo al que me refiero en el punto anterior debería permitir que los actuales Superintendentes que cumplan con las calidades a las que se refiere el artículo 2.2.34.1.2 del Decreto 1817 de 2015 se presenten, como cualquier otro candidato, al proceso de "invitación pública" al que se refiere el artículo 2.2.34.1.3 de dicho decreto.</p> <p>3. La decisión de elegir de nuevo a los Superintendentes debe estar basada en datos concretos sobre los beneficiarios que produjo su gestión.</p> <p>Seguendo con la idea anterior, los actuales Superintendentes o los ex-Superintendentes que decidan presentarse a la "invitación pública" de que trata el artículo 2.2.34.1.3 del Decreto 1817 de 2015 deberían mostrar que su gestión fue beneficiosa para los colombianos y, en particular, que contribuyeron a la concreción de los fines sociales del Estado y de la función pública establecidos en los artículos 2 y 209 de la Constitución. Los demás candidatos deberían proponer mecanismos de seguimiento que les permita mostrar que, de ser elegido, cumplirán con el desarrollo del cometido de estos artículos.</p> <p>Es importante que a la hora de evaluar las candidaturas de los Superintendentes se analice más que los montos de las multas impuestas o que hayan participado en proyectos de ley o de regulación. Considere que esta es una oportunidad para evaluar el impacto de sus decisiones en el bienestar de los colombianos.</p> <p>Algunos ejemplos de esto: que en virtud de la actividad sancionatoria ahora los colombianos tienen mas información, encuentran mejores condiciones, o que sus derechos están mas protegidos que antes; que las entidades vigiladas han cambiado de comportamiento y ahora cumplen mas y mejor las obligaciones con los consumidores a su cargo, o que las quejas y procedimientos que se tramitan salen mas rápidos y las decisiones son de mejor calidad que antes.</p>	<p>1. El proyecto de decreto "Por medio del cual se adiciona un párrafo al artículo 2.2.34.1.6 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública" pretende establecer la posibilidad de que el Presidente de la República, si así lo considera, ratifique a quienes vienen ejerciendo el cargo de Superintendente de Industria y Comercio, del Superintendente Financiero y del Superintendente de Sociedades, sin necesidad de efectuar una nueva convocatoria ni nuevo nombramiento.</p> <p>2. En su comunicación plantea que el Decreto reglamentario 1817 de 2015, compilado en el Título 34 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, y frente a uno de cuyos artículos pretende adicionar un párrafo, es ilegal.</p> <p>Al respecto, esta Dirección considera que el Título 34 del Decreto 1083 de 2015 es consecuente con los lineamientos constitucionales de los artículos 125 y 189 de la Constitución Política en la medida que no modifica la clasificación de los empleos públicos de libre nombramiento y remoción de los Superintendentes de Industria y Comercio, del Financiero y el de Sociedades.</p> <p>Por el contrario, el Título 34 del Decreto 1083 de 2015 es una forma de autorización que el Presidente de la República impone a su facultad discrecional, con base en las funciones de supervisión, inspección, vigilancia y control determinadas constitucional y legalmente en el ámbito de sus competencias, como mecanismo adicional que garantice la transparencia de su gestión sin desconocer la potestad reglamentaria y la facultad discrecional que le asiste para nombrar y remover libremente a sus agentes.</p> <p>3. Frente a las apreciaciones esgrimidas, se considera que el Gobierno Nacional no está excediendo la potestad reglamentaria, toda vez que el Decreto Ley 770 de 2005 le asignó la facultad para determinar las competencias y los requisitos de los empleos de los distintos niveles jerárquicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional.</p> <p>Es necesario precisar que, conforme a los ordinales 24 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política y con base en las recomendaciones de la buena práctica administrativa desarrolladas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Gobierno nacional fijó, por su propia iniciativa, pautas de autorización, las cuales, lejos de desconocer la naturaleza jurídica de libre nombramiento y remoción del empleo de superintendente, se encaminan a dotar a sus titulares de unas reglas de estabilidad, autonomía y transparencia en la prestación de las funciones de inspección, vigilancia y control.</p> <p>4. De otra parte, el Presidente de la República conserva la competencia para nombrar y remover en cualquier tiempo a los superintendentes, incluso durante la vigencia para el cual fue nombrado, pero para efectos de autonomía y transparencia lo debe realizar de forma motivada, sin que esta pauta pueda entenderse como extraña a las normas constitucionales y legales, lo cual, corrobora el hecho de que los citados cargos mantienen y conservan inalterada su naturaleza de libre nombramiento y remoción.</p> <p>5. Ahora bien, el hecho de que los nombramientos se efectúen previa convocatoria pública en la página web de la Presidencia de la República no implica que se presente una extralimitación de la potestad reglamentaria, ni la vulneración de la Ley reglamentada, porque ello permite que se desarrollen los principios de publicidad y transparencia del artículo 209 de la Constitución Política.</p> <p>6.- Finalmente, es claro que las Superintendencias gozan de un régimen especial y propio contenido en el Decreto 775 de 2005, que prevé la clasificación del empleo de superintendente como de libre nombramiento y remoción, la forma y competencia para la provisión del cargo, lo cual, hace residual y subsidiaria la aplicación del régimen de personal previsto en el artículo 4 de la Ley 909 de 2004.</p> <p>En ese sentido, esta Dirección considera legal que el Presidente de la República, cuyo periodo constitucional inició el 7 de agosto de 2018, tenga la posibilidad de ratificar, si así lo considera, a quienes vienen ejerciendo el cargo de Superintendente de Industria y Comercio, del Superintendente Financiero y del Superintendente de Sociedades, sin necesidad de efectuar una nueva convocatoria ni nuevo nombramiento, dado que tiene la facultad discrecional de conformar su equipo de gobierno con el personal más idóneo y calificado.</p> <p>Esta Dirección le agradece sus sugerencias y comentarios, frente a los cuales tomaremos en cuenta la nota en la construcción de la producción normativa.</p>
2	24 de agosto de 2018	Jorge Andrés Charry Gómez	<p>Según indican los Considerandos del proyecto de Decreto, el Decreto 1817 de 2015, por el cual se adicionó el Título 34 al Decreto 1083 de 2015, teniendo en cuenta que si bien los empleos de los superintendentes están clasificados como de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República de conformidad con lo señalado en el artículo 7 del Decreto Ley 775 de 2005, resultaba conveniente establecer condiciones especiales para la vinculación, permanencia y retiro de sus titulares, en aras de asegurar su competencia profesional, imparcialidad, transparencia e independencia, y con ello, la más alta calidad y continuidad en la prestación de las funciones de inspección, vigilancia y control de que tratan los numerales 24 y 27 del artículo 189 de la Constitución, connotar a tales entidades.</p> <p>La pertinencia de estas consideraciones y de esta reglamentación no es puesta en cuestión por el proyecto de decreto que se encuentra en trámite y consiste en:</p> <p>1. Otorgar estabilidad para la permanencia en el cargo de los Superintendentes Financiero, de Sociedades y de Industria y Comercio. Si bien no pierden su condición de funcionarios de libre nombramiento y remoción, se establece que el periodo para ejercer su cargo coincida con el del Presidente de la República y que el retiro del cargo antes del vencimiento del periodo requiere de acto de insubsistencia motivada. Lo anterior quiere decir que el Presidente decidirá, en este caso, limitar el alcance de su facultad de libre nombramiento y remoción en aras de la estabilidad de las superintendencias mencionadas, dada su importancia en la inspección y vigilancia de actividades económicas de especial relevancia.</p> <p>Como contrapeso a dicha estabilidad se establecieron procedimientos y requisitos adicionales para ejercer el cargo, en su caso con contar con título de Magíster o Doctorado y demostrar diez años de experiencia relacionada con el cargo. Además, se estableció que previamente al nombramiento se debe realizar una invitación pública y la posibilidad de consultar la opinión de organizaciones sociales, ciudadanas, universidades, academias sobre el buen crédito de los aspirantes.</p> <p>El mencionado Decreto 1817 estableció un régimen de transición en el artículo 2.2.34.1.2, en el sentido de que quienes ocupaban en ese momento los cargos de superintendentes no se les exigieron requisitos distintos a los acreditados en el momento de su posesión. Por regla general no se pueden hacer mas exigentes los requisitos para quien ya ocupa un cargo, sin embargo, en este caso concreto se estableció que esa regla solo se aplicara por una vez para quienes ya ocupaban el cargo, a manera de transición, pero no podía aplicarse en el futuro.</p> <p>Dicho de otra manera, las personas que detenían los cargos de Superintendentes Financiero, de Sociedades y de Industria y Comercio cuando se expidió el Decreto 1817 tuvieron un periodo de gracia, si se puede llamar así, respecto a otros posibles candidatos, para continuar en su cargo sin leer, eventualmente, todos los requisitos exigidos.</p> <p>La modificación normativa que se realiza mediante el decreto 1817 de 2015 fue de carácter general, en lo que respecta a trámites y requisitos y a las condiciones de permanencia en los cargos.</p> <p>Por tanto, resulta inconveniente e inconsistente que el actual Presidente, sin objeto las condiciones de periodo, estabilidad, requisitos y trámites aplicables a las Superintendencias que se acaban de mencionar pretenda expedir una excepción que evidentemente confiere un beneficio particular para tres funcionarios públicos. Los beneficiarios en dos sentidos: lo exime de participar en un proceso de invitación pública y, sobre todo, los exime de cumplir el requisito de títulos de posgrado y experiencia.</p> <p>Los considerandos del proyecto de decreto son a todas luces insuficientes para justificar que se les otorgue estabilidad durante el periodo de gobierno que apenas inicia, sin cumplir los requisitos. Dicho de otra manera, el Presidente en ejercicio debería vigilar las condiciones favorables de estabilidad y eximir injustificadamente de los requisitos para gozar de ella.</p> <p>Dicen los considerandos del proyecto de norma en cuestión que fue el Presidente de la República, cuyo periodo constitucional inició el 7 de agosto de 2018, tiene la facultad discrecional de conformar su equipo de gobierno con el personal más idóneo y calificado, razón por la cual es necesario establecer la posibilidad de ratificar, si así lo considera, a quienes vienen ejerciendo el cargo de Superintendente de Industria y Comercio, del Superintendente Financiero y del Superintendente de Sociedades, sin necesidad de efectuar una nueva convocatoria ni nuevo nombramiento. Si tuviera esa facultad discrecional no estaría modificando ad hoc una norma para eudir un procedimiento basado en su propósito es conformar el equipo con el personal más idóneo y calificado ¿por que no exige el cumplimiento de unos requisitos que en su momento fueron estudiados por el gobierno nacional y que no resultan desproporcionados ni injustificados?</p> <p>Dado que el proyecto de norma conduce a producir un beneficio particular, afectando los derechos de terceros con iguales o mejores calidades y en contravía de criterios de meritocracia que el Presidente Duque se ha comprometido a respetar, cabe la pregunta de si los actuales Superintendentes cumplen con los requisitos exigidos por el Decreto 1817 de 2015. Si los cumplen solo se estaría eludiendo el requisito de selección y la posibilidad de participación de terceros indetermindados que podrían demostrar sus meritos y capacidades, pero si no los cumplen resultaría inaceptable el beneficio particular que se pretende establecer.</p> <p>Por lo anteriormente expuesto, solicito no sea expedido el decreto proyectado y exigir, como mínimo, que los señores superintendentes Financiero, de Sociedades y de Industria y Comercio cumplan con las calidades establecidas en el artículo 2.2.34.1.2 del Decreto 1083 de 2018, Decreto Único Reglamentario del Sector de Funcion Pública, con las modificaciones introducidas por el Decreto 1817 de 2015.</p>	<p>En primer lugar, esta Dirección considera que el Título 34 del Decreto 1083 de 2015 es consecuente con los lineamientos constitucionales de los artículos 125 y 189 de la Constitución Política en la medida que no modifica la clasificación de los empleos públicos de libre nombramiento y remoción de los Superintendentes de Industria y Comercio, del Financiero y el de Sociedades.</p> <p>Por el contrario, el Título 34 del Decreto 1083 de 2015 es una forma de autorización que el Presidente de la República impone a su facultad discrecional, con base en las funciones de supervisión, inspección, vigilancia y control determinadas constitucional y legalmente en el ámbito de sus competencias, como mecanismo adicional que garantice la transparencia de su gestión sin desconocer la potestad reglamentaria y la facultad discrecional que le asiste para nombrar y remover libremente a sus agentes.</p> <p>En segundo lugar, de conformidad con el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, le compete al Presidente de la República nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley. De conformidad con lo señalado en el artículo 7 del Decreto Ley 775 de 2005, los empleos de los superintendentes están clasificados como de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.</p> <p>Conforme a los ordinales 24 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política y con base en las recomendaciones de la buena práctica administrativa desarrolladas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Gobierno nacional fijó, por su propia iniciativa, pautas de autorización a través del Decreto 1817 de 2015, las cuales, lejos de desconocer la naturaleza jurídica de libre nombramiento y remoción del empleo de superintendente, se encaminan a dotar a sus titulares de unas reglas de estabilidad, autonomía y transparencia en la prestación de las funciones de inspección, vigilancia y control.</p> <p>De otra parte, el Presidente de la República conserva la competencia para nombrar y remover en cualquier tiempo a los superintendentes, incluso durante la vigencia para el cual fue nombrado, pero para efectos de autonomía y transparencia lo debe realizar de forma motivada, sin que esta pauta pueda entenderse como extraña a las normas constitucionales y legales, lo cual, corrobora el hecho de que los citados cargos mantienen y conservan inalterada su naturaleza de libre nombramiento y remoción.</p> <p>El Decreto 1647 del 27 de agosto de 2018 estableció la posibilidad al Presidente de la República, cuyo periodo constitucional inició el 7 de agosto de 2018, de ratificar, si así lo considera, a quienes vienen ejerciendo el cargo de Superintendente de Industria y Comercio, del Superintendente Financiero y del Superintendente de Sociedades, sin necesidad de efectuar una nueva convocatoria ni nuevo nombramiento, dado que tiene la facultad discrecional de conformar su equipo de gobierno con el personal más idóneo y calificado.</p> <p>En este sentido, esta Dirección considera legal que el Presidente de la República puede o no ejercer, toda vez que, como ya se señaló, el empleo de superintendente es de libre nombramiento y remoción y su naturaleza no ha mutado. Si el Presidente de la República lo considera, en ejercicio de su facultad discrecional, puede ratificar o no a quienes vienen ejerciendo el empleo con anterioridad al inicio de su periodo constitucional. Es decir, solo POSIBILITA, pero de ninguna forma obliga al Presidente de la República a ratificar.</p> <p>En tercer lugar, como lo señala el artículo 2.2.34.2.1 del Decreto 1083 de 2015, a los superintendentes que envíen desempeñando el cargo al 15 de septiembre de 2015, fecha en la que se expidió el Decreto 1817 de 2015, no se les exigirán requisitos distintos a los acreditados en el momento de su posesión. Sin embargo, les serán aplicables las normas previstas en los artículos 2.2.34.1.5 y siguientes del Título 35. Es decir, no se les podrán exigir requisitos adicionales a los ya acreditados al momento de su vinculación inicial. Caso contrario sucedería cuando un nuevo empleado diese cumplimiento a los requisitos de la primera vez a al empleo, toda vez que en ese caso deberá acreditar los nuevos requisitos exigidos. En el momento en que convoque los empleos, tal como el decreto lo señala, el aspirante deberá acreditar los requisitos establecidos en el artículo 2.2.34.1.2 del Decreto 1083 de 2015.</p>