



Función Pública

Concepto 308421 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000308421

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000308421

Fecha: 20/09/2019 10:39:53 a.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. En vigencia de Ley de garantías. RAD.20199000291112 de fecha 19 de agosto de 2019

En atención a su escrito de la referencia, mediante el cual consulta si en Ley de garantías es posible el retiro del gerente de una Empresa Social del Estado por calificación no satisfactoria, me permito informarle lo siguiente:

Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, dispone:

“ARTÍCULO 74. Evaluación del Plan de Gestión del Director o Gerente de Empresas Sociales del Estado del orden territorial. Para la evaluación de los planes de gestión, se deberá dar cumplimiento al siguiente proceso:

74.1 El Director o Gerente de la Empresa Social del Estado del orden territorial deberá presentar a la Junta Directiva un informe anual sobre el cumplimiento del plan de gestión, el cual deberá ser presentado a más tardar el 1° de abril de cada año con corte al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Los contenidos del informe y de la metodología serán definidos por el Ministerio de la Protección Social.

74.2 La Junta Directiva deberá evaluar el cumplimiento del plan de gestión del Director o Gerente, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación del informe de gestión.

74.3 Los resultados de la evaluación se harán constar en un acuerdo de la Junta Directiva, debidamente motivado, el cual se notificará al Director o Gerente quien podrá interponer recurso de reposición ante la Junta Directiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

74.4 La decisión de la Junta Directiva tendrá recurso de reposición ante la misma junta y de apelación en el efecto suspensivo, ante el Superintendente Nacional de Salud, para resolver dichos recursos se contará con un término de quince días (15) hábiles.

74.5 Una vez cumplido el proceso establecido en el presente artículo y en firme el resultado de la evaluación y esta fuere insatisfactorio dicho resultado será causal de retiro del servicio del Director o Gerente, para lo cual la Junta Directiva dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a haber quedado en firme el resultado de la evaluación, deberá solicitar al nominador con carácter obligatorio para este, la remoción del Director o Gerente aun sin terminar su período, para lo cual el nominador deberá expedir el acto administrativo correspondiente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, contra este acto procederán los recursos de ley.

74.6 La no presentación del proyecto de plan de gestión o del informe de cumplimiento del plan de gestión dentro de los plazos señalados en la presente norma, conllevará a que la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos y plazos establecidos para tal fin, produzca de manera inmediata la evaluación no satisfactoria, la cual será causal de retiro.”

De acuerdo con lo anterior, la evaluación no satisfactoria debido a la no presentación del informe de cumplimiento del gerente, será causal de retiro.

De otra parte, la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones que las entidades territoriales deben tener en cuenta como consecuencia de las elecciones que se efectuaran en el territorio nacional el 27 de octubre de 2019, para asambleas, concejos, gobernadores, alcaldes y miembros de juntas administradora locales, siendo de aplicación el artículo 38 de la citada norma, que señala:

“ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución, les está prohibido:

1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.
2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.
3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.
4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.
5. Aducir razones de "buen servicio" para despedir funcionarios de carrera por razones políticas, durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones.

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

PARÁGRAFO. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos. (Subrayado fuera de texto)

(...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

El artículo 38 transcrito establece que, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones, no se podrá:

- Modificar la nómina estatal, es decir, no es procedente crear cargos ni proveer los mismos, ni retirar del servicio a servidores públicos por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

- Hacer nuevos nombramientos salvo que se trate de solventar situaciones tales como: renunciaciones, licencias o muerte cuya provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, caso en el cual procede el nombramiento en período de prueba o por encargo.

En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas. Como tampoco, podrá modificarse la nómina de las entidades o empresas en las cuales, éstos participen como miembros de sus juntas directivas.

De otra parte, el Consejo de Estado a través de la sala de consulta y servicio civil en concepto 00205 de 2018, Concepto 00205 de 2018 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, dispuso:

“Necesidad de interpretar las normas legales en forma armónica y sistemática con el resto del ordenamiento jurídico.

El ordenamiento jurídico de cualquier Estado es un sistema de principios y reglas de derecho de distintas clases, jerarquías, temáticas y formas de operación, que emanan de las diferentes autoridades a quienes la Carta Política ha dotado de competencia normativa, empezando por el mismo pueblo soberano. Como sistema que es, dicho ordenamiento se encuentra estructurado lógicamente y racionalmente, a partir de las normas fundamentales y más generales contenidas en la Constitución, sobre las que está construida toda la organización política y jurídica del Estado, para la realización de los fines y valores consagrados en la Constitución Política.

Lo anterior implica, entre otras consecuencias, que ninguna norma positiva, independientemente de su naturaleza o nivel, debe ser interpretada y aplicada en forma independiente y aislada del resto del ordenamiento, como si fuese un mandato absoluto y autosuficiente y tuviese, dentro de sí mismo, la totalidad de los principios en los cuales se basa y de los fines que persigue.

Esta es la razón por la cual las disposiciones normativas deben ser interpretadas sistemáticamente, es decir, teniendo en cuenta los demás preceptos del ordenamiento jurídico al que pertenecen, empezando por aquellos contenidos en la Constitución Política, junto con los principios y valores que encierran, y siguiendo con las demás normas legales y de otro tipo. Esta forma de interpretación de las reglas de derecho no busca solamente establecer su sentido más adecuado, lógico y cercano a la realidad, sino también lograr la armonía con las demás normas, la aplicación y vigencia efectiva de todas ellas y la coherencia interna del ordenamiento jurídico.

Por esta razón, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha manifestado en reiteradas ocasiones que una norma legal o de otra clase puede tener varias interpretaciones, las cuales pueden ser, al mismo tiempo, válidas o, al menos, admisibles, según lo que resulte de la aplicación de los diferentes sistemas, métodos y reglas de interpretación de la ley; pero que debe preferirse, en todo caso, aquel entendimiento que más se adecúe materialmente a la Carta Política, no solo por su coincidencia literal o gramatical con el texto constitucional, sino, sobre todo, por

armonizar, con mayor claridad y fidelidad, con los mandatos, principios y valores fundamentales.

En esa medida, la Corte ha advertido que deben descartarse las interpretaciones de las normas que resulten inconstitucionales, aunque la disposición respectiva no pueda ser considerada, en sí misma, opuesta a la Constitución y deba, en consecuencia, excluirse del ordenamiento (inexequibilidad). Es por esto que en dichos casos, la Corte Constitucional ha optado por proferir *fallos modulados*, en los que la norma acusada o revisada es declarada exequible *condicionalmente*, bajo la interpretación de la misma que resulte, a juicio de esa Corporación, ajustada o más ajustada a la Carta Política.

Pero los preceptos legales no deben estar en armonía solamente con la Constitución Política, incluyendo los principios y tratados internacionales que conforman el denominado “bloque de constitucionalidad” (artículos 53, 93 y 94 *ibídem*), sino también con el resto de normas del mismo nivel (legales o con fuerza de ley) y, en lo posible, con aquellas de inferior jerarquía que las reglamenten y desarrollen.

La interpretación constitucional del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005

(...) Esta circunstancia excepcional da lugar a una tensión entre varias normas. En efecto, mediante la Ley de 996 de 2005 y la prohibición de modificar la nómina impuesta por el párrafo del artículo 38, se busca proteger la democracia participativa (artículo 1º de la C.P),

(...) Dentro de este marco, una interpretación literal de la Ley 996 de 2005 que no tome en consideración las particularidades del caso objeto de estudio, puede perjudicar otros bienes jurídicos protegidos por la Constitución Política y la ley. Ante esta situación, es necesario realizar una interpretación ponderada, conforme con la Carta Política²⁷, que promueva la unidad y consistencia del sistema jurídico²⁸ y que maximice la tutela de los intereses y bienes jurídicos protegidos en juego.

Así, se observa que el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 exceptúa, de la prohibición de modificar la nómina estatal, impuesta a los servidores públicos durante los cuatro meses anteriores a las elecciones populares, aquellos casos en que deban proveerse cargos “*por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa*” (se resalta).

(...)

En esa medida, dicha hermenéutica no resultaría plausible, pues se opondría, no solo a otras disposiciones del mismo nivel, es decir, legales, como aquellas que regulan la facultad de los alcaldes elegidos popularmente para conformar su equipo de gobierno con personas de su confianza y de libre nombramiento y remoción (por ejemplo, los artículos 84, 91 y 92 de la Ley 136 de 1994²⁹, modificada por la Ley 617 de 2000³⁰, entre otras), así como las que desarrollan la figura del voto programático (Ley 131 de 1994), sino también a cánones superiores, de orden constitucional, como los artículos 259 (voto programático) y 315, numeral 3³¹ (funciones de los alcaldes). Adicionalmente, dicha interpretación, que sin lugar a dudas busca proteger algunos principios y valores constitucionales, como la pureza del sufragio, la transparencia e imparcialidad de las elecciones, y la transparencia y moralidad de los funcionarios administrativos, entre otros, resultaría contraria a varios principios y valores constitucionales, como el principio democrático a nivel local, la soberanía popular, la autonomía territorial de los municipios y la eficacia de la gestión administrativa de las autoridades municipales.

En cambio, la interpretación por la cual se prohija, limitada, claro está, a la situación de hecho concreta y precisa que se describe en la consulta, resulta armónica con las normas constitucionales y legales citadas, y no contraviene ninguno de los dos grupos de principios y valores constitucionales que se mencionan. En efecto, no puede presumirse que la remoción de los secretarios de despacho y de los directores de los departamentos administrativos, que haga el primer mandatario, y su reemplazo por personas de su entera confianza y que compartan su ideario político y su programa de gobierno, constituya una conducta arbitraria, poco transparente, parcializada y dirigida a favorecer a los candidatos que participan en las elecciones parlamentarias o en el proceso electoral para Presidente y Vicepresidente de la República, pues el hecho de que el alcalde haya sido elegido por fuera del calendario electoral ordinario y, además, en vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005, constituye, en sí misma, una situación excepcional e imprevista, y la necesidad que dicho mandatario tiene de conformar su equipo de gobierno y empezar a ejecutar rápida y eficazmente su programa político constituye, por sí misma, una justificación objetiva y válida, desde el punto constitucional. Lo contrario, es decir, afirmar que la remoción y la sustitución de los funcionarios referidos busca un propósito diferente,

como el de interferir en las elecciones, es algo que tendría que probarse en el caso concreto.

Por todas las razones anteriores, la Sala considera que, de las varias interpretaciones que pueden hacerse al inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996, la que resulta más plausible es aquella que permite concluir que ante la situación *sui generis* del nuevo Alcalde de Yopal, y la necesidad de conformar su equipo de gobierno local al comienzo de su mandato, se justifica que pueda hacer excepcionalmente uso de su discrecionalidad aún en época preelectoral y, por tanto, ejercer la facultad de remover a los secretarios de despacho y directores de departamento administrativo, lo que generaría una falta definitiva que permitiría ser provista en esa circunstancia particular, pese a la norma que establece la prohibición general de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a la realización de las elecciones populares al configurarse esa salvedad.

La sentencia concluye que a juicio de la Sala el Alcalde de Yopal debe cumplir con lo dispuesto por la Ley 996 de 2005, y en consecuencia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de dicha ley, no podría, en principio, modificar la nómina de la Alcaldía. Sin embargo, esta restricción no es absoluta. El mandatario podría excepcionalmente afectar la nómina. Las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005, como lo ha señalado la jurisprudencia, no pueden ir en detrimento de los intereses públicos, del servicio público y del adecuado funcionamiento de la administración. Sería una contradicción que el nuevo Alcalde de Yopal tenga la obligación de cumplir con su programa de gobierno y garantizar un buen servicio, pero al mismo tiempo no pueda contar, en razón de las referidas restricciones, con las herramientas suficientes y necesarias para el efecto.

Así, a la luz del artículo 38 es posible modificar la nómina; i) cuando se trate de la aplicación de las normas de carrera administrativa³² y ii) para la provisión de cargos por faltas definitivas tales como renuncia, licencia, muerte, expiración del periodo, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos³³.

Por lo tanto, en el caso de la provisión de cargos, la modificación debe ser indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, y, siguiendo los parámetros fijados por la Sala en el año 2014 y que fueron citados anteriormente, la decisión que se tome en ese sentido debe.

(...)

Ahora bien, en lo que respecta a la posibilidad de remover funcionarios, como quiera que desde el inicio de su gobierno debe cumplir con el voto programático y honrar la democracia local, el Alcalde de Yopal, excepcionalmente, podría desvincular a los funcionarios que ostentan la autoridad política en el municipio, es decir, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 189 de la Ley 136 de 1994³⁴, a los secretarios del despacho y a los jefes de departamento administrativo. Estos funcionarios pueden ser removidos por el Alcalde en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, en el entendido de que existen razones objetivas indispensables de buen servicio relacionadas con la satisfacción del voto programático y el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, media una situación de apremio o necesidad del servicio, y se busca garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos y la prestación del servicio público.”

De acuerdo al concepto citado de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, y en criterio de esta Dirección Jurídica las disposiciones normativas deben ser interpretadas sistemáticamente, es decir, teniendo en cuenta los demás preceptos del ordenamiento jurídico al que pertenecen, empezando por aquellos contenidos en la Constitución Política, debido a lo anterior, a la luz del artículo 38 es posible modificar la nómina; i) cuando se trate de la aplicación de las normas de carrera administrativa³² y ii) para la provisión de cargos por faltas definitivas tales como renuncia, licencia, muerte, expiración del periodo, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, siempre y cuando resulte indispensable para el cabal funcionamiento de la administración, es decir, para que no se vean afectados o menoscabados los intereses públicos

Por lo tanto, en el evento que la causal de retiro del gerente, sea la no presentación del proyecto de plan de gestión o del informe de cumplimiento del plan de gestión, en criterio de esta Dirección Jurídica, es procedente el retiro del mismo en ley de garantías, siempre y se cuando cumpla el debido proceso.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos

ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Javier Soto

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López

16202.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:11:01