



Concepto 225521 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000225521

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000225521

Fecha: 07/06/2023 03:31:03 p.m.

Bogotá D.C. Doctor

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Retiro gerente ESE. Causales del retiro de un gerente de ESE. Radicado: 20232060598372 del 6 de junio de 2023.

En atención a su escrito de la referencia, mediante el cual presenta varios interrogantes relacionados con el retiro del servicio de un gerente de una Empresa Social del Estado ESE del nivel territorial, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

En relación con la designación y naturaleza de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado ESE, la Ley 1797 de 2016¹ determina 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. Correspondrá 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 períodos 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." (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo previsto en la norma, se tiene que los gerentes de ESE son empleados públicos de período institucional, que inicia con la posesión y termina tres meses después de inicio del periodo Constitucional del presidente de la República, del gobernador o del alcalde, según corresponda.

Establece la norma que, los gerentes de ESE podrán ser retirados del cargo por evaluación insatisfactoria del plan de gestión, por destitución (Proceso disciplinario) o por orden judicial.

Adicional a ello, y en atención puntual de su interrogante, en criterio de esta Dirección Jurídica, existen unas causales generales para retirar del servicio a un empleado público vinculado en un cargo de período, como es el caso del vencimiento o cumplimiento del periodo para el cual fue nombrado, por destitución como consecuencia de un proceso disciplinario, porque le sobrevega una inhabilidad, por decisión judicial, por renuncia, por el cumplimiento de los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión una vez notificada la inclusión en nómina de pensionados, por revocatoria del acto administrativo de su nombramiento por no cumplir con los requisitos para acceder al cargo y por cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

Ahora bien, dentro de las causales de retiro de un empleado de período como es el caso del gerente de una ESE no se contempla la insubstancia, pues esta es una figura propia para el retiro de los empleados públicos vinculados en un cargo de libre nombramiento y remoción sin que la norma la haya hecho extensiva en el caso de los empleados de período.

Por lo anterior, y en atención puntual de su primer interrogante, se considera pertinente manifestar que, en el marco jurídico actual, los gerentes de ESE podrán ser retirados del cargo por evaluación insatisfactoria del plan de gestión, por destitución o por orden judicial, sin que la norma contemple la insubstancia como figura para el retiro de estos empleados públicos.

A su segundo interrogante, mediante el cual consulta los eventos en los cuales la administración puede acudir a la insubstancia para el retiro de los empleados públicos, le manifiesto que, de conformidad con lo previsto en el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004², el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción se produce entre otros, por declaratoria de insubstancia del nombramiento.

En este orden de ideas, se tiene que a la insubstancia podrá acudir la administración para efectuar el retiro de los empleados vinculados en cargos de libre nombramiento y remoción.

Al tercer interrogante y cuarto interrogante de su escrito, mediante el cual consulta por el procedimiento legal para declarar la insubstancia, le manifiesto que la insubstancia es una facultad con la que cuenta la administración para efectuar el retiro de los empleados públicos vinculados en empleos de libre nombramiento y remoción, por lo que se considera que el acto de retiro no requiere motivación, ni ritualidad alguna.

En atención a la segunda parte de su escrito, mediante la cual consulta si en caso que un alcalde municipal profiera una declaratoria de insubstancia de forma irregular ¿existirán consecuencias jurídicas o disciplinarias para dicho mandatario?, le manifiesto que conforme establecido en el artículo 6 de la Constitución Política, los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En este orden de ideas, en el caso que un servidor público, como es el caso de un alcalde municipal haya emitido un acto administrativo en contra vía de lo previsto en la ley, o extralimitando el ejercicio de sus funciones podrá ser investigado para determinar la responsabilidad de sus actuaciones.

Finalmente, es importante tener en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el Decreto 430 de 2016³, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por lo anterior, se deduce que esta entidad no es un organismo de control o vigilancia y no cuenta con la facultad legal para determinar la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, ni para calificar la conducta oficial de quienes ejercen funciones públicas, dicha competencia ha sido atribuida a las oficinas de control disciplinario interno de cada entidad, a las personerías municipales y de conforme lo previsto en el numeral 6º del artículo 277 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación, directamente o por medio de sus agentes, tiene la función de ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Harold Herreño

Revisó y aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 "POR LA CUAL SE DICTAN DISPOSICIONES QUE REGULAN LA OPERACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES."

2 "Por la cual se expedien normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."

3 "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública"

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:29:25