



Concepto 333601 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000333601

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000333601

Fecha: 10/09/2021 03:23:29 p.m.

Bogotá

Ref: EMPLEOS - FUNCIONES. ¿Las áreas de talento humano de las entidades públicas tienen la competencia para hacer investigaciones administrativas a sus empleados por presunto abandono del cargo y presunto fraude en los documentos que soportan los grados académicos, cuando la entidad tiene una oficina de control interno disciplinario? ENTIDADES - PLANTAS DE PERSONAL. ¿Resulta viable que en una entidad se nombre en un cargo de carrera administrativa a alguien como si fuera de libre nombramiento y remoción? Radicado 20219000600522 del 28 de agosto de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta sobre las funciones de las áreas de talento humano en las investigaciones administrativas por abandono del cargo y fraude en los documentos que acreditan requisitos, frente a las oficinas de control interno disciplinario y sobre la viabilidad de que un cargo de carrera administrativa se haga un nombramiento como si el empleo fuera de libre nombramiento y remoción, me permito informarle lo siguiente:

Respecto de su primer interrogante es importante señalar que la Ley 734 de 2002¹ dispone:

“ARTÍCULO 1o. TITULARIDAD DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA. <Artículo derogado a partir del 29 de marzo de 2022, por el Artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> El Estado es el titular de la potestad disciplinaria.

ARTÍCULO 2o. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. <Artículo derogado a partir del 29 de marzo de 2022, por el Artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria.

La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta”.

(...)

ARTÍCULO 76. CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO. <Artículo derogado a partir del 29 de marzo de 2022, por el Artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia.

(...)

ARTÍCULO 150. PROCEDENCIA, FINES Y TRÁMITE DE LA INDAGACIÓN PRELIMINAR. <Artículo derogado a partir del 29 de marzo de 2022, por el Artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.

La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

-
<Aparte tachado INEXEQUIBLE> En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo.

(...)

-
La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos.

-
PARÁGRAFO 1o. Cuando la información o queja sea manifiestamente temeraria o se refiera a hechos disciplinariamente irrelevantes o de imposible ocurrencia o sean presentados de manera absolutamente inconcreta o difusa, el funcionario de plano se inhibirá de iniciar actuación alguna. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

(...)

-
Como se aprecia, por regla general, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno conocer de los asuntos disciplinario contra los servidores públicos de la entidad. No obstante, otros funcionarios detentan también la potestad disciplinaria. Es importante anotar que el Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario, en las entidades en las cuales se encuentre organizada la oficina, es el responsable de suscribir las actuaciones que integran la primera instancia del proceso disciplinario.

De acuerdo con lo señalado, las entidades públicas, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura,

deben organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia y en todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. La regla general es que todos los servidores del organismo o entidad están sujetos a la competencia de la oficina, unidad o grupo, salvo disposiciones especiales en contrario, entre ellas, que las normas legales o reglamentarias que organizan el control disciplinario interno en una entidad excluyen expresamente de su ámbito de competencia a determinados funcionarios de la misma.

Igualmente es importante señalar que las oficinas de control interno disciplinario podrán adelantar de manera oficiosa las investigaciones por hechos que directamente conozcan, pero también podrán entararse de la ocurrencia de los hechos por las denuncias que otras personas o instancias reporten.

Ahora bien, puntualmente respecto de los requisitos que deberán acreditarse para la posesión y el deber de verificarlos, tenemos que el Decreto 1083 de 2015² señala:

ARTÍCULO 2.2.5.1.4 Requisitos para el nombramiento y ejercer el empleo. Para ejercer un empleo de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, se requiere:

1. Reunir los requisitos y competencias que la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales exijan para el desempeño del cargo.

2. No encontrarse inhabilitado para desempeñar empleos públicos de conformidad con la Constitución y la ley.

3. No estar gozando de pensión o tener edad de retiro forzoso, con excepción de los casos señalados en la ley.

4. No encontrarse en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

5. Tener definida la situación militar, en los casos a que haya lugar.

(Ver Ley 1780 de 2016. Arts. 19, 20 y 21)

6. Tener certificado médico de aptitud física y mental y practicarse el examen médico de ingreso, ordenado por la entidad empleadora.

7. Ser nombrado y tomar posesión.

(Modificado por el Art. 1 del Decreto 648 de 2017)

ARTÍCULO 2.2.5.1.5 Procedimiento para la verificación del cumplimiento de los requisitos. Corresponde al jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces, antes que se efectúe el nombramiento:

1. Verificar y certificar que el aspirante cumple con los requisitos y competencias exigidos para el desempeño del empleo por la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales.

2. Verificar directamente los antecedentes fiscales, disciplinarios y judiciales del aspirante, dejando las constancias respectivas.

(...) (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, el aspirante a vincularse en un empleo público deberá cumplir con el perfil, los requisitos y competencias exigidos en el respectivo manual específico de funciones y de competencias laborales que haya adoptado la entidad.

Es preciso indicar que los jefes de personal o quienes hagan sus veces de los organismos y entidades a quienes se les aplica este decreto, deberán verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades requeridos para la posesión de los cargos. El incumplimiento de esta obligación constituye causal de mala conducta, según las normas legales vigentes sobre la materia.

Ahora bien, en caso de encontrarse que un servidor público no cumplió con los requisitos necesarios para su posesión, la Ley 190 de 1995³, expresa:

“En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.”

“Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años.”

ARTÍCULO 6. *“En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.*

<Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto final a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Como se puede observar en el texto del Artículo 5 de la Ley 190 de 1995 se señala que cuando el empleado toma posesión en el empleo sin cumplir con los requisitos para su ejercicio, el jefe de talento humano o quien lo evidencie, inmediatamente advierta la infracción, deberá advertir de la situación a la administración para que esta proceda a revocar el nombramiento.

Fialmente, en relacion con su segundo interrogante, tenemos que respecto de la clasificación de los empleos públicos y su forma de provisión, en el concepto marco 07 de 2017 de esta dirección jurídica se hizo un estudio sobre el particular, señalando⁴:

“De acuerdo con lo prescrito en el Artículo 123 de la Constitución Política, el término “servidor público” es genérico, el cual engloba varias especies, entre las cuales se encuentran los empleados y los trabajadores del Estado, denominados comúnmente empleados públicos y trabajadores oficiales.

El Artículo 125 de la Constitución Política consagra en su inciso primero que “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.”

El personal al servicio del Estado se clasifica en miembro de corporación pública, empleado público, trabajador oficial o trabajador que se rige por las normas del derecho privado, dependiendo de su vinculación se rige por diferentes disposiciones en materia de ingreso, permanencia y retiro, así:

1.1. Empleados públicos

Son los servidores cuya vinculación se formaliza a través del acto de nombramiento y la posesión. Su relación laboral se encuentra establecida por la ley o por reglamentos. Los requisitos, funciones, jornada laboral, remuneración y prestaciones, situaciones administrativas, evaluación de desempeño, bienestar, estímulos, capacitación, causales de retiro y responsabilidad disciplinaria se encuentran determinados en el manual de funciones o en la ley.

El empleado público puede ser de varios tipos:

De carrera administrativa. Esta es la regla general y la provisión definitiva de estos empleos se realiza a través de un nombramiento en período de prueba, una vez el servidor ha superado un concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil; de manera transitoria, el empleo puede proveerse mediante nombramiento provisional, mientras se adelanta el respectivo concurso o el empleo se encuentra temporalmente vacante.

De libre nombramiento y remoción, cuya provisión y retiro se efectúan en virtud de la facultad discrecional del nominador para proveer los empleos señalados en el Artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

(...)

3. FORMAS DE PROVISIÓN DE ACUERDO CON LA CLASIFICACIÓN DEL EMPLEO

Las siguientes son las formas de provisión de los empleos de acuerdo con su clasificación:

3.1. Empleos de carrera administrativa

La provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa se hará de acuerdo al orden de prioridad establecido en el Artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015...

Los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes en forma definitiva se podrán proveer, mientras se adelantan los respectivos procesos de selección, preferencialmente, mediante encargo a los empleados de carrera, siempre que cumplan con las siguientes condiciones: (...)

En el evento que no existan dentro de la planta de personal empleados de carrera que puedan ser encargados por no reunir los requisitos, será procedente efectuar nombramientos provisionales, de manera excepcional. (...)

3.2. Empleos de libre nombramiento y remoción

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos en forma definitiva por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en la Ley 909 de 2004 y/o las normas que la modifiquen o sustituyan. Además están sujetos al cumplimiento de la Ley 581 de 2000 o Ley de Cuotas la cual establece la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración. Cada ente territorial debe reportar a la Función Pública, anualmente, el porcentaje de participación de las mujeres en estos niveles.

Frente al tema, la Corte Constitucional en Sentencia C-540/98, señaló:

"... los empleos del Estado son de carrera y la excepción los de libre nombramiento y remoción. De otra parte, la Constitución prevé los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, cuya situación es completamente distinta a los de carrera, pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder. A diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones. Cuando no lo son, el Estado, que debe cumplir con sus fines de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (Art. 209 CP), autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecuen a los requerimientos institucionales."

Respecto de este tema consideramos importante hacer referencia a los empleos calificados por la Ley 909 de 2004, Artículo 47, como de Gerencia Pública, que son los que conllevan ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial. Igualmente, establece la norma que los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, para su provisión se deberán observar las disposiciones sobre este tema en la Ley 909 de 2004, sin perjuicio de las facultades discrecionales inherentes a su naturaleza.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con lo señalado, la clasificación de los empleos públicos es un tema de reserva legal, por lo que al momento de clasificarse un empleo como de carrera administrativa o como de libre nombramiento y remoción se deberán tener en cuenta los requisitos de unos y otros dentro de la planta de personal. Es importante anotar que igualmente, la forma y los criterios de provisión cambian ostensiblemente, de manera que no resulta viable hacer la provisión de un empleo de carrera administrativa mediante un nombramiento ordinario (propio de los empleos de libre nombramiento) o en los empleos de libre nombramiento y remoción mediante un nombramiento en periodo de prueba o en provisionalidad (como si puede hacerse en un empleo de carrera administrativa).

Teniendo en cuenta todos los elementos señalados, nos permitimos transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación, así:

1. ¿Las áreas de talento humano de las entidades públicas tienen la competencia para hacer investigaciones administrativas a sus empleados por presunto abandono del cargo y presunto fraude en los documentos que soportan los grados académicos, cuando la entidad tiene una oficina de control interno disciplinario?

Respecto de la “investigación administrativa” le manifiesto que no es un término que las disposiciones que regulan el derecho disciplinario contemplen por lo que no resulta viable hacer pronunciamiento en ese sentido; de otra parte, respecto de las indagaciones preliminares las mismas deberán ser adelantadas por las oficinas de control interno disciplinario de las entidades públicas, únicas investidas con esta competencia. No obstante, deberá observarse que corresponde a los jefes de talento humano verificar y certificar el cumplimiento de los requisitos para la posesión en los empleos públicos y en caso de advertirse que hay una irregularidad deberá comunicarlo a la instancia competente dentro de la organización para que se proceda a su investigación.

En cuanto a los procesos de abandono del cargo, igualmente, una vez se le comunique al área de talento humano, como encargada del control de las ausencias de los servidores públicos, se considera procedente que esta área verifique si efectivamente existe una ausencia para así poder reportarlo al grupo de control interno disciplinario para que se adelante la indagación preliminar correspondiente.

2. ¿Resulta viable que en una entidad se nombre en un cargo de carrera administrativa a alguien como si fuera de libre nombramiento y remoción?

Tal como se señaló, la clasificación de los empleos públicos es un tema de reserva legal por lo que al momento de crearse uno u otro empleo, deben observarse las directrices señaladas anteriormente, en cuanto al nombramiento en un cargo de carrera administrativa mediante un nombramiento ordinario, se considera que dicha situación por si sola no muta la naturaleza del empleo, de tal manera que lo que procedería es el ajuste del acto administrativo de nombramiento para adecuarlo a su situación legal.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Maia Borja/HHS

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único". NOTA DE VIGENCIA: Ley derogada, a partir del 29 de marzo de 2022, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019, salvo el artículo 30 que continúa vigente hasta el del 28 de diciembre de 2023.

2. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

3. "Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa".

4. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84333>

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:15:47