



Concepto 460271 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000460271

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado N°: 20216000460271

Fecha: 22/12/2021 11:35:45 a.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Ley de Garantías. Provisión del empleo de jefe de control disciplinario interno durante el período de la Ley de Garantías Electorales. RAD.: 20212060709742 del 22 de noviembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si es posible proveer el cargo de jefe de control disciplinario interno durante el período en que opera la Ley de Garantías Electorales, considerando que la oficina mencionada fue creada recientemente en la entidad, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Sobre la organización de las unidades u oficinas de control interno disciplinario, el artículo 76 de la Ley 734 de 2002, dispone:

“ARTÍCULO 76. CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO. 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.

PARÁGRAFO 1. <Parágrafo INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO 2. *Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.* (Destacado nuestro)

ARTÍCULO 77. SIGNIFICADO DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO. *Cuando en este código se utilice la locución "control disciplinario interno" debe entenderse por tal, la oficina o dependencia que conforme a la ley tiene a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria.*

De conformidad con la anterior disposición, toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá implementar u organizar una unidad u oficina de control disciplinario interno, al más alto nivel, encargada de adelantar la indagación preliminar, investigar y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios contra los servidores públicos de la respectiva entidad, asegurando su autonomía e independencia y el principio de segunda instancia.

Sobre la conformación de esta oficina, el parágrafo 2 del mismo artículo define la “oficina del más alto nivel” como aquella conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

Ahora bien, se precisa que la Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías Electorales, dispone:

“ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama

Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

Parágrafo. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos". (Subrayado nuestro)

"ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: (...) Parágrafo. (...)

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." (Subrayado nuestro)

De acuerdo con las restricciones y prohibiciones consagradas en la Ley 996 de 2005, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, así como de las elecciones para el Congreso de la República, se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en el respectivo ente territorial o entidad, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Con todo, para proceder a dicha provisión es condición indispensable satisfacer los requisitos señalados en el Concepto 2207 del 1 de abril de 2014, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹ que expone:

"El primer parámetro que se debe tener en cuenta para precisar el concepto mencionado es el de los propósitos y objetivos fijados por el legislador en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, que se concretan en evitar la distorsión de la voluntad de los electores por influencias que provengan de la acción u omisión de los servidores públicos tendientes a favorecer una causa o campaña electoral.

El segundo parámetro se refiere al cumplimiento de la función legal de nominación, la cual debe efectuarse con especial sujeción a los principios que rigen la función administrativa, los cuales servirán de límite para identificar algunos criterios de lo que representa una (sic) "cabal funcionamiento de la administración pública".

(...)

Un tercer parámetro que resulta relevante en este análisis es la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público.

En consecuencia, las razones de la provisión del cargo tienen que ser ciertas y verificables. La decisión del nominador no puede ser arbitraria, esto es con desconocimiento de los fines de la Ley de Garantías Electorales, o de los principios de la función administrativa, por lo cual, con sujeción entre otros a los anteriores criterios, se encuentra en la obligación de motivar debidamente el acto administrativo correspondiente.

Finalmente, el régimen de prohibiciones y restricciones de la Ley Estatutaria de Garantías Electorales exige de los órganos y entidades a las que les es aplicable, la responsabilidad de planear y prever con suficiente antelación cualquier gestión ineludible para garantizar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad.

(...)

Dentro de los criterios que se deben tener en cuenta para proveer cargos en vigencia de las restricciones de la Ley de Garantías Electorales en materia de afectación o modificación de la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, por resultar "indispensables para el cabal funcionamiento de la administración", se encuentran: a) los propósitos y objetivos fijados por propia Ley Estatutaria de Garantías Electorales; b) la sujeción a los principios que rigen la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011; c) la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la respectiva entidad; d) la garantía de que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad"². (Subrayado nuestro).

En consecuencia, dentro de los factores a considerar para modificar la nómina se encuentra la existencia de situaciones de apremio o necesidad del servicio que afecten de forma grave o significativa la función de la administración o la prestación del servicio público.

Por lo tanto, esta Dirección Jurídica infiere que, en virtud de las restricciones y prohibiciones consagradas en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, no resulta procedente realizar nombramientos en empleos de libre nombramiento y remoción durante la vigencia de la ley de

garantías electorales, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte, o que existan situaciones de apremio o necesidad del servicio que afecten de forma grave o significativa la función de la administración o la prestación del servicio público, escenario que deberá ser analizado de manera particular por la entidad para proceder con el nombramiento al que se alude en su consulta.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000- 2014-00074-00. Radicación interna: 2207.

2. Ibídem.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:19:49