



Función Pública

Concepto 080071 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000080071

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000080071

Fecha: 23/02/2023 02:56:20 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: REGIMEN DISCIPLINARIO. Reglamentación. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Suspensión en el ejercicio del cargo. Radicado: 20232060031982 del 17 de enero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

¿Un funcionario que se encuentra vinculado con nombramiento provisional, quien tuvo una sanción disciplinaria por 6 meses en la vigencia 2021 y en la actualidad se encuentra separado del empleo como medida provisional mientras surte otro proceso de investigación disciplinaria, es viable jurídicamente declararlo insubsistente?

¿Material y jurídicamente es viable motivar el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia con los argumentos expuestos en el anterior interrogante y la afectación en la prestación del servicio, dado que al ser reiterativa la conducta afecta el normal desarrollo y desempeño del empleo?

¿Se debe esperar finalizar el término de la sanción para dar por terminado el nombramiento provisional o es viable realizar declaratoria de insubsistencia mientras surte el proceso sancionatorio?

¿Una funcionaria que ejerce empleo bajo nombramiento provisional, se encuentra sancionada por el término de 1 año y se encuentra en status de prepensión, ¿es viable declararla insubsistente una vez finalice el término de la sanción?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La Ley 1952 de 2019, «Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario, estipula en su título V determina, entre otros, la clasificación, los criterios y los límites de la sanción disciplinaria; algunos de los apartes se citan a continuación:

ARTÍCULO 46. Clasificación de las faltas disciplinarias. Las faltas disciplinarias son:

Gravísimas.

Graves.

Leves.

ARTÍCULO 47. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta disciplinaria. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en la ley. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

La forma de culpabilidad.

La naturaleza esencial del servicio.

El grado de perturbación del servicio.

La jerarquía y mande que el servidor público tenga en la respectiva institución.

La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.

Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciaran teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.

Los motivos determinantes del comportamiento.

Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos. 9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

ARTÍCULO 48. Clases y límites de las sanciones disciplinarias. El disciplinable está sometido a las siguientes sanciones:

Destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años para las faltas gravísimas dolosas.

Destitución e inhabilidad general de ocho (8) a diez (10) años para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima.

Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) a dieciocho (18) meses e inhabilidad especial por el mismo término para las faltas graves dolosas.

Suspensión en el ejercicio del cargo de uno (1) a doce (12) meses para las faltas graves culposas. 5. Multa de diez (10) a ciento ochenta (180) días del salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves dolosas.

Amonestación escrita para las faltas leves culposas.

PARÁGRAFO. En el evento que el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante su ejecución, cuando no fuere posible ejecutar la sanción, se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios básicos devengados para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad.

Las faltas son gravísimas, graves y leves según la conducta sancionatoria. Para ello, compete a la autoridad disciplinaria analizar las causas que derivaron en la falta disciplinaria, según los criterios establecidos en el artículo 47, y demás normas de la Ley 1952 de 2019, a fin de decidir si este debe archivarse u obedece a fallo absolutorio o sancionatorio (destitución e inhabilidad general, suspensión, multa o amonestación).

De otra parte, sobre la protección del prepensionado, la Ley 2040 de 2020, «Por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones», establece:

ARTÍCULO 8°. Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos. Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional.

(...)

De igual manera, el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector Función Pública, refiere:

ARTÍCULO 2.2.12.1.2.5. De la reubicación para los servidores públicos prepensionados. Modificado por el artículo 3° del Decreto 1415 de 2021. En cumplimiento de la protección especial en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos, los servidores públicos que les falten (3) tres años o menos para obtener la pensión de jubilación o vejez y no puedan continuar en el ejercicio de su cargo por razones de reestructuración o provisión definitiva, deberán ser reubicados como lo señala el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020 hasta tanto cumplan con los requisitos para obtener el beneficio pensional. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 2.2.12.1.2.2.

Conforme la normativa en mención, los prepensionados, entiéndase, quienes les falten 3 años o menos en edad o tiempo de servicios para adquirir su pensión de jubilación, gozan de estabilidad laboral, para continuar en el servicio, hasta tanto cumplan los requisitos para acceder al beneficio pensional, cuando se presenten procesos de reestructuración o provisión definitiva de cargos con ocasión de los concursos de méritos.

Por último, respecto a la declaratoria de insubsistencia del provisional, se precisa el siguiente fundamento legal:

El Decreto 1083 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública», establece:

ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.

Como adición a lo anterior, la Corte Constitucional mediante SU-917 de 2010, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, expone:

En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos son, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente. (...)

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. (...)

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. (Destacado nuestro).

En este entendido, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado. Y, sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como: la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que se presta y que debe prestar el funcionario concreto.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

¿Un funcionario que se encuentra vinculado con nombramiento provisional, quien tuvo una sanción disciplinaria por 6 meses en la vigencia 2021 y en la actualidad se encuentra separado del empleo como medida provisional mientras surte otro proceso de investigación disciplinaria, es viable jurídicamente declararlo insubsistente?

R/ El hecho de haber cometido una falta disciplinaria luego de haber estado sancionado en un tiempo anterior, no es causal para declarar la insubsistencia. En este caso, con base en el principio de congruencia³, compete a la autoridad disciplinaria determinar si la falta cometida, es de tal gravedad que conlleva una destitución. Sin embargo, ello, se concluye, luego de adelantar el debido proceso en los términos y condiciones de la Ley 1952 de 2019.

¿Material y jurídicamente es viable motivar el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia con los argumentos expuestos en el anterior interrogante y la afectación en la prestación del servicio, dado que al ser reiterativa la conducta afecta el normal desarrollo y desempeño del empleo?

R/ La ley disciplinaria exige que toda decisión debe motivarse (artículo 19); por tal razón, se insta a la autoridad disciplinaria, posterior a un debido proceso (artículo 12), para que determine si el servidor debe ser retirado del servicio.

3. *¿Se debe esperar finalizar el término de la sanción para dar por terminado el nombramiento provisional o es viable realizar declaratoria de insubsistencia mientras surte el proceso sancionatorio?*

R/ Se reitera la conclusión dada en el punto anterior.

¿Una funcionaria que ejerce empleo bajo nombramiento provisional, se encuentra sancionada por el término de 1 año y se encuentra en status de prepensión, ¿es viable declararla insubsistente una vez finalice el término de la sanción?

R/ La protección legal que se otorga a los prepensionados, no los excluye de la ley disciplinaria; en tanto, a pesar de su estatus, continúan teniendo la calidad de servidores públicos. Por tal razón, aunque es admisible motivar el retiro de los provisionales a causa de la imposición de

sanciones disciplinarias, ella se debe a una sanción por destitución e inhabilidad general; lo cual, de acuerdo con los hechos expuestos, no es aplicable al caso materia de consulta.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

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 botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ARTÍCULO 20. Congruencia. El disciplinado no podrá ser declarado responsable por hechos ni faltas disciplinarias que no consten en el auto de citación a audiencia y formulación de cargos, sin perjuicio de la posibilidad de su variación.

Fecha y hora de creación: 2024-07-17 11:44:47