



Función Pública

Concepto 109311 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000109311

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000109311

Fecha: 18/03/2020 04:53:51 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Trabajadores Oficiales. Sanción disciplinaria. RAD. 20209000077162 del 24 de febrero de 2020.

En la comunicación de la referencia, informa que un trabajador oficial de un municipio fue sancionado disciplinariamente tres veces en los últimos 5 años por faltas graves dolosas, lo cual constituye una inhabilidad sobreviniente. Sobre esta situación, consulta:

1. ¿Cuál sería el fundamento y el procedimiento para el retiro del servicio de ese trabajador oficial?
2. ¿Debe declararse la inhabilidad y luego proceder con el retiro?
3. ¿Quién debe declarar tal inhabilidad, el Alcalde o la autoridad disciplinaria?
4. Una vez superados los tres años de inhabilidad ¿debe ese trabajador oficial ser reintegrado al servicio público y adquirir nuevamente la calidad de trabajador oficial?
5. Si su vinculación al servicio público es por contrato, ¿cómo debe terminarse?
6. ¿Cuál es la causal en las normas aplicables a los trabajadores oficiales para la desvinculación de ese trabajador oficial?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Los trabajadores oficiales son vinculados mediante contrato de trabajo, cuyas condiciones en cuanto a modo, lugar, tiempo de duración,

remuneración, entre otros aspectos, son establecidas de común acuerdo entre la Entidad y el trabajador y complementadas con lo previsto en los respectivos reglamentos internos de trabajo, pactos o convenciones colectivas y lo señalado en la ley, específicamente, para esta clase de servidores.

A diferencia de los empleados públicos, los trabajadores oficiales tienen una relación contractual con la Administración, que les permite negociar sus condiciones laborales.

El trabajador oficial se vincula a la administración mediante un contrato de trabajo el cual regula el régimen del servicio que va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables, que están regidas por normas especiales que consagran un mínimo de derechos laborales. En caso que no se acuerde entre las partes aspectos básicos de la relación laboral, es posible acudir a lo dispuesto en la Ley 6 de 1945, al Decreto 1083 de 2015 y demás normas que los modifican o adicionan.

No obstante, la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, respecto a su campo de aplicación, indica:

“ARTÍCULO 25. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código.

Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria.” (Se subraya).

Por su parte, el artículo 123 de la C.P. establece:

“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regularán su ejercicio”. (Se subraya).

De conformidad con las disposiciones transcritas, los trabajadores oficiales se encuentran incluidos en la definición constitucional de servidores públicos y, en tal virtud, están sometidos a la aplicación de las normas disciplinarias contenidas en la Ley 734 de 2002.

Esta Ley, señala en su artículo 38:

“ARTÍCULO 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(...)

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

(...)" (Se subraya).

De acuerdo con lo informado en su consulta, el trabajador oficial ha sido sancionado disciplinariamente tres veces en los últimos 5 años por faltas graves dolosas, situación que se enmarca en el numeral 2 del artículo 38, configurándose una inhabilidad sobreviniente. Sobre ésta, indica la Ley 734:

"ARTÍCULO 37. INHABILIDADES SOBREVINIENTES. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias." (Se subraya).

Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la expresión "inhabilidad" tiene entre otras acepciones la de "defecto o impedimento para ejercer un empleo u oficio".

La Corte Suprema de Justicia la definió como "*aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros*". (sent. junio 9/88 Dr. Fabio Morón Díaz)

De entenderse entonces que, configurada la inhabilidad sobreviniente, que para el caso objeto de la consulta constituye haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos 5 años por faltas graves o leves dolosas o por ambas, el nominador deberá, de forma inmediata, retirar del servicio al servidor.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Magistrado Flavio Augusto Rodríguez Arce, en concepto con radicado No. 1810 emitido el 26 de marzo de 2007, señaló:

"Ahora bien, siempre bajo el supuesto de la declaratoria de la inhabilidad sobreviviente y del consecuente retiro del servicio mediante acto administrativo motivado, de conformidad con las normas transcritas pueden darse diferentes hipótesis respecto de quienes se encuentren en servicio activo, así: (i) al nominador que impuso la tercera sanción por una falta grave o leve dolosa - art. 38 citado - debe directamente cumplir el procedimiento dicho; (ii) quien impuso la tercera sanción no es el nominador, situación que impone al funcionario que adelantó el proceso disciplinario la obligación de informarle a aquél para que actúe conforme a la ley, y (iii) el servidor está obligado a informar al nominador, quien procederá a retirarlo de inmediato del servicio mediante acto motivado.⁵

Se desprende de lo anterior que las normas analizadas tienen aplicación armónica en el caso consultado e imponen diversos deberes: a) en cuanto al servidor: la obligación de advertir a la administración que ha quedado incurso en una inhabilidad sobreviviente, y b) respecto de la administración: proceder al retiro inmediato de aquél, obligación a cargo del nominador. Valga advertir que aún sin aviso del servidor incurso en la inhabilidad sobreviniente la administración oficiosamente debe proceder a su retiro inmediato.

Debe precisar la Sala que el artículo 38 de la ley 734 cualifica las sanciones al disponer que la inhabilidad sobreviene si las sanciones impuestas provienen de la comisión de "*faltas graves o leves dolosas o por ambas*", lo cual descarta su aplicación respecto de otra clase de penas disciplinarias, en este caso la de amonestación, en los términos de la clasificación de las sanciones disciplinarias contenida en el artículo 44 de la ley 734⁶.

La consulta indaga, además, si para hacer efectiva la inhabilidad debe adelantarse una actuación administrativa. La Sala precisa que si la tercera sanción la impone el mismo nominador, este deberá esperar a que el acto administrativo sancionatorio quede en firme, pues es la forma

procedimental de completar la hipótesis del artículo 38. Producida la firma de tal acto deberá dictar un acto de ejecución motivado en donde se haga referencia a todos los fundamentos fácticos y jurídicos en virtud de los cuales se estructura la inhabilidad sobreviniente en estudio - arts. 35 y 59 del C.C.A. y 19 de la ley 734 de 2002⁷ -, máxime si se trata de un empleo de carrera, pues de conformidad con el párrafo 2º del artículo 41 de la ley 909 de 2004, "*Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.*"

El mismo procedimiento deberá cumplirlo el nominador a quien se comunique el acaecimiento de la inhabilidad sobreviniente, con las especificidades derivadas de la naturaleza del cargo - libre nombramiento o remoción o de carrera -.

También se pregunta si la inhabilidad conlleva el retiro temporal del servicio por tres años o si sólo tiene efectos frente a la aspiración a nuevos cargos públicos o ascensos por concurso. De acuerdo con el numeral 2º del artículo 38 de la ley 734 la inhabilidad tiene una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción. Este término de tres años opera tanto para quien está por fuera del servicio, caso en el cual no podrá acceder al mismo, como para quien está en servicio activo, respecto de quien determina el retiro inmediato del cargo y la imposibilidad de ingresar a la administración dentro de los tres años siguientes a la fecha del retiro. Por lo demás, no existe un instrumento legal dentro del complejo normativo que regula el derecho administrativo laboral que permita un retiro temporal - que equivaldría a la suspensión en el ejercicio de las funciones - y el posterior reintegro del servidor vencidos los tres años de duración de la inhabilidad; en efecto, con el retiro del empleado el cargo queda vacante definitivamente, dado que no se está frente a una situación administrativa que implique la separación provisional del servicio.

(...)

Responde la Sala

1) ¿Cómo se aplica la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 38 de la ley 734 para el caso del funcionario que se encuentra activo en la entidad donde fue sancionado disciplinariamente?

El nominador que ha impuesto las anteriores sanciones y la tercera por faltas graves o leves dolosas o tiene la información de la imposición de las dos anteriores e impone la tercera, en el mismo acto sancionatorio debe ordenar el retiro inmediato del servidor y ejecutarlo directamente una vez esté ejecutoriada la última sanción.

¿La inhabilidad conlleva su retiro temporal del servicio por los tres años, o sólo tendría efectos frente a la aspiración a nuevos cargos públicos o ascensos por concurso?

La inhabilidad sobreviniente prevista en el numeral 2º del artículo 38 de la ley 734 conlleva el retiro definitivo del servicio del empleado público, quien dentro de los tres años siguientes a la ejecutoria de la sanción está impedido para desempeñar funciones públicas. En caso de tratarse de funcionario escalafonado deberá ser retirado definitivamente del servicio con la consiguiente pérdida de los derechos de carrera y la imposibilidad de ejercer funciones públicas durante los tres años siguientes a la ejecutoria de la sanción.

¿Para hacer efectiva la comentada inhabilidad el nominador debe proferir actuación administrativa alguna, o no?

Para hacer efectiva la inhabilidad sobreviniente el nominador debe proferir el acto administrativo de ejecución debidamente motivado."

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. De conformidad con la Ley 734 de 2002, un servidor público sobre quien se configure la inhabilidad contenida en el numeral 2 del artículo 38 de la misma, deberá ser retirado del servicio de manera inmediata. Para ello, y de acuerdo con el concepto del Consejo de estado, procederá así:

- Si el nominador impuso la tercera sanción por una falta grave o leve dolosa (art. 38), deberá indicar en la misma decisión, la preexistencia de las dos sanciones disciplinarias y la configuración de la citada inhabilidad por la acumulación de una tercera sanción disciplinaria por faltas graves o leves dolosas o por ambas, señalando además que, en consecuencia, se desvinculará al servidor. No sobra señalar que la expedición de esa decisión debe efectuarse previo el debido procedimiento y conforme a los principios disciplinarios.

- Si la tercera sanción no la impuso el nominador, deberá el funcionario que adelantó el proceso disciplinario informarle a aquél para que actúe conforme a la ley, esto es, retirar del servicio al servidor especificando la razón de la decisión.

- El servidor sancionado se encuentra en la obligación de informar al nominador la existencia de una sanción disciplinaria. En caso de ser la

tercera sanción, con las características expuestas en el numeral 2 del artículo 38 de la Ley 734, el nominador procederá a retirarlo de inmediato del servicio mediante acto motivado.

2. La inhabilidad y la decisión del retiro pueden ser adoptadas en la misma decisión, respetando los procedimientos legales.

3. La inhabilidad, para el caso objeto de la consulta, es el reconocimiento de un hecho (una tercera sanción disciplinaria), y conforme con lo expuesto en el punto 1 de las conclusiones, puede ser evidenciada por el nominador o por la autoridad disciplinaria.

4. Una vez superados los tres años de inhabilidad el trabajador oficial no será reintegrado al servicio público por cuanto hubo una terminación del contrato y no una suspensión del mismo. Por lo tanto, no hay lugar al reintegro.

5. Las autoridades, incluyendo las entidades que tienen vinculados a trabajadores oficiales, cuentan con mecanismos institucionales para adoptar las decisiones respectivas. En el caso de la inhabilidad, el nominador deberá indicar de manera detallada el procedimiento previo que se adelantó para llegar al retiro del servicio por la configuración de la inhabilidad.

6. La causal aplicable a los trabajadores oficiales para la desvinculación del servidor sobre el que pesan 3 sanciones disciplinarias por faltas graves o leves dolosas es el artículo 38 de la Ley 734 de 2002, qué más que causal constituye una obligación para el nominador pues no es permitido por la Constitución y por la Ley mantener en el servicio a una persona sobre la que recae un defecto o impedimento para ejercer un cargo.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:44:47