



Concepto 222491 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000222491

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000222491

Fecha: 09/06/2020 12:05:38 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Empleado Público. Empleado inhabilitado penalmente para el ejercicio de derechos y funciones públicas. RAD. 20202060227032 del 3 de junio de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual pone de presente que el señor DARIO MORENO, quien se desempeñaba como docente de tiempo completo, fue sancionado a la pena de prisión de 53 meses de prisión y a la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 72 meses por el delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales en concurso heterogéneo con falsedad ideológica en documento público, decisión confirmada en segunda instancia el 3 de julio de 2013, que en atención a lo anterior, el Departamento del Cauca, expidió el Decreto del 01 de abril de 2014, ordenando la suspensión provisional del ejercicio del cargo como docente en la Institución Educativa “Madre de Dios”, señalando que la suspensión duraría el término de la sanción de carácter penal, sin embargo, el Juez de ejecución de penas ordenó mediante proveído No. 448, del 24 de abril de 2018 la extinción de la pena principal y accesoria a la cual fue condenado el docente, razón por la cual este solicita su reintegro a la institución.

“Que en ese orden de ideas, de acuerdo al acto administrativo que ordenó la suspensión provisional del docente por el término de la sanción penal impuesta, y al presentarse la extinción de la pena tanto de la principal como la accesoria, una vez este solicite la rehabilitación de sus derechos, podría quedarse sin sustento el acto administrativo, toda vez que desaparecerían las circunstancias de índole factico y jurídico que llevaron a la emisión del mismo (...),y en tal sentido solicita concepto por parte de este Departamento Administrativo con el fin de determinar si es procedente dar aplicación a lo señalado en el artículo 41 de la ley 909 de 2004 en su literal “n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes” para retirar del servicio al docente, en atención a que este se encontraría inhabilitado para ejercer un cargo público, de conformidad a lo dispuesto por el código disciplinario único en su artículo 38 inhabilidades para desempeñar cargos públicos: “1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político” o en caso contrario, como se debe definir la situación administrativa del docente. Al Respecto, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que, este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales sobre el empleo público y administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Ahora bien, La ley 190 de 1995 "Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.", señala:

"ARTÍCULO 6o. 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. (Subrayas fuera del texto)

Por su parte, la Ley 734 de 2002, "por la cual se expide el Código Único Disciplinario" señala:

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."

ARTICULO 38. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(...)

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma. (...)"

Así mismo, el ya mencionado Decreto 1083 de 2015², establece:

ARTÍCULO 2.2.5.1.14 Inhabilidad sobreviniente al acto de nombramiento o posesión. En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, la persona deberá advertirlo inmediatamente a la administración y presentar renuncia al empleo, de lo contrario, la administración procederá a revocar el nombramiento.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente no se haya generado por dolo o culpa del nombrado o del servidor, declarado judicial, administrativa, fiscal o disciplinariamente, siempre que sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, el servidor público contará con un plazo de tres (3) meses para dar fin a esta situación, siempre y cuando sean subsanables." (Destacado nuestro)

En igual sentido, mediante Sentencia C- 038 del 5 de febrero de 1996, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 6 de la Ley 190 de 1995 señaló:

"Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo. Si en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares. ". (Negrilla y subraya fuera de texto).

Ahora bien, en una situación similar a la expuesta en la consulta, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 15 de agosto de 2013, dentro del expediente con No. de Referencia: 110010325000201100034 00, señaló lo siguiente:

“Teniendo en cuenta lo anterior, advierte la Sala que si bien la norma en cita se refiere a un término de 3 meses, para efectos de que proceda el retiro del servidor inhabilitado en forma sobreviniente, en el caso concreto la Empresa Social del Estado Hospital del Sur dispuso el retiro definitivo del actor el 19 de junio de 2009, esto es, casi 3 años después de haberse ejecutoriado la sentencia condenatoria de 2 de agosto de 2006 lo anterior, toda vez que la referida entidad demandada sólo tuvo conocimiento de la sanción penal impuesta al actor mediante comunicación telefónica de enero de 2009, tal como se manifestó en la contestación de la demanda visible a folio 47 y siguientes del expediente, hecho que no fue desvirtuado por la parte actora.

Así las cosas, resulta evidente que en el caso del señor Carlos Antonio Paipilla Rojas se concreta el supuesto de hecho previsto en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 190 de 1995, en la medida en que, como quedó debidamente demostrado, éste no sólo no informó o puso fin a la causa que daba origen a su inhabilitación, sino que permaneció en el servicio por espacio de 3 años, contados desde la fecha de ejecutoria de la sentencia penal que le impuso como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y hasta su retiro definitivo del servicio.

Conforme lo expuesto, debe decirse que la pena accesoria impuesta al actor, con ocasión del proceso penal que se siguió en su contra, esto es, la inhabilitación por 3 años para el ejercicio de derechos y funciones públicas constituía un claro impedimento legal para que se siguiera desempeñando como servidor público en la Empresa Social del Estado Hospital de Sur. Empero, en un abierto desconocimiento de la circunstancia anteriormente descrita el señor Carlos Antonio Paipilla Rojas continuó ostentando su calidad de servidor público lo que obligaba a la administración a dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 190 de 1995 y disponer su retiro del servicio.

Estima la Sala que, las Resoluciones Nos. 108 de 19 de julio y 136 de 21 de julio de 2009, proferidas por la Gerencia de la Empresa Social del Estado Hospital del Sur, fueron adoptadas en cumplimiento del deber legal que le asistía a la administración de poner fin a la vinculación de señor Carlos Antonio Paipilla Rojas dada la imposibilidad en que se encontraba para ejercer la función pública. Una interpretación en contrario, esto es prohiar la posibilidad de que el demandante permaneciera vinculado a la referida Empresa Social del Estado, vulneraría los principios que gobiernan la función pública entre ellos la moralidad, la eficacia y eficiencia en la prestación del servicio público.

(...)

b. De la procedencia de la indagación disciplinaria adelantada por la Empresa Social del Estado Hospital del Sur en contra del demandante.

De acuerdo a lo expuesto en el acápite dedicado al retiro del servicio del actor, y descendiendo al caso concreto, advierte la Sala en primer lugar que habiéndose impuesto al actor como pena accesoria la inhabilitación por 3 años para el ejercicio de derechos y funciones pública, dentro del proceso penal que se siguió en su contra, el cual culminó con decisión ejecutoriada el 2 de agosto de 2006, éste no podía desempeñarse como servidor público dada la inhabilitación sobreviniente en la que se encontraba incurso, en los términos del artículo 6 de la Ley 190 de 1995.

(...)

Conforme lo expresado, hasta este momento, estima la Sala que en el caso concreto hay un hecho debidamente acreditado, e indiscutible, esto es, la inhabilitación que se configuró frente a la vinculación del demandante en la Empresa Social del Estado Hospital del Sur.

Lo anterior permite afirmar, en primer lugar, que en el caso concreto del actor se configuró una inhabilitación sobreviniente, en los términos del artículo 37 de la Ley 734 de 2002 frente al circunstancia que con posterioridad a su vinculación a la Empresa Social del Estado Hospital del Sur le fue impuesta como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 3 años y, en segundo lugar,

que le asistía el ineludible deber de poner dicha circunstancia en conocimiento de la autoridad nominadora de la referida Empresa Social del Estado, en los términos del artículo 6 de la Ley 190 de 1995.

Así las cosas, advierte la Sala que en el período comprendido entre el 2 de agosto de 2006 y el 19 de junio de 2009, esto es, entre la ejecutoria de la sentencia que le impuso pena accesoria al actor, que le impedía el ejercicio de derechos y funciones públicas, y la de su retiro definitivo del servicio, éste se encontraba inhabilitado para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

-

(...)

Así las cosas, tal como lo consideró la Empresa Social del Estado Hospital del Sur, en los actos administrativos demandados, el señor Carlos Antonio Paipilla Rojas con su actuar desconoció el deber funcional, previsto en el artículo 6 de la Ley 190 de 1995, conforme el cual, como ya se dijo, debía informar la existencia de la inhabilidad sobreviniente en la que se encontraba incurso, hecho que, debe decirse, no se agotó en sí mismo sino que trascendió y, en consecuencia, afectó los principios de la función pública, entre ellos, la moralidad, transparencia, legalidad y lealtad, en la medida en que, como quedó visto en precedencia, para el ejercicio de la función pública son necesarias ciertas cualidades y condiciones íntimamente ligadas a los citados principios.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, concluye la Sala que era deber de la entidad demandada, dar apertura a una indagación de naturaleza disciplinaria, al momento en que tuvo conocimiento de la existencia de la pena accesoria impuesta al actor, con el fin de establecer si éste, en virtud de la referida sanción penal, se encontraba inhabilitado para el ejercicio del cargo de Técnico en el Área de la Salud que venía desempeñando.

-

(...).”

De la jurisprudencia expuesta, podemos extraer los siguientes puntos relevantes:

Una pena privativa de la libertad y su consecuente pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas genera, para un servidor público activo, una inhabilidad sobreviniente que, de conformidad con el artículo 6° de la Ley 190 de 1995, se encuentra en la obligación de informar a la entidad.

Si, de acuerdo con el mismo artículo, transcurren 3 meses no ha puesto fin a la situación que genera la inhabilidad, la entidad deberá retirar del servicio al servidor, pues la misma constituye un claro impedimento legal para que siguiera desempeñando el cargo público.

Permitir que el servidor sancionado con pena privativa de la libertad y con pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas continúe prestando el servicio, vulneraría los principios que gobiernan la función pública entre ellos la moralidad, la eficacia y eficiencia en la prestación del servicio público.

Si el servidor que fue sancionado no cumple con su deber de informar a la entidad sobre este hecho, incurre en una falta a los deberes de los servidores pública y, en tal virtud, la entidad debe dar apertura a una indagación de naturaleza disciplinaria, desde el momento en que tuvo conocimiento de la existencia de la pena accesoria impuesta, con el fin de establecer si aquél, en virtud de la referida sanción penal, se encontraba inhabilitado para el ejercicio del cargo que venía desempeñando.

Con base en la normativa y jurisprudencia que antecede, hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, constituye inhabilidad para desempeñar cargos públicos, por cuanto tal condición constituye un requisito para el nombramiento y para ejercer el empleo.

Por lo expuesto, en concepto de esta Dirección Jurídica, el empleado que se encuentra en esta situación no puede continuar vinculado con la administración pública, por cuanto en virtud de la inhabilidad sobreviniente, con ocasión de una sentencia ejecutoriada de condena a la pena de prisión e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el mismo lapso, queda automáticamente retirado del servicio.

Para una mayor fundamentación, se considera pertinente tomar en cuenta la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Expediente No.1786 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, donde se precisó:

“Debe la Sala hacer una primera precisión: una es la aplicación de sanciones accesorias y otra el retiro del servicio por inhabilidad sobreviniente.

De otra parte, mientras las primeras (sanciones accesorias) deben ser ordenadas y tasadas por el investigador, la segunda (retiro del servicio por inhabilidad sobreviniente) opera por mandato de la ley, y como quedó expuesto, es ineludible e inmediata si ella se generó por razones dolosas o culposas imputables a quien en ese momento se desempeña como servidor público, como en este caso.

El interés protegido es el colectivo involucrado en la certidumbre de los antecedentes intachables del funcionario, condiciones que deben reunirse al momento de la vinculación al servicio y mantenerse mientras se pertenezca a él.” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Es decir, para el caso de la aplicación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la cual priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales, esa Dirección considera que la misma opera de plano, una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria.

Conforme lo expuesto para el caso en particular de su consulta y de acuerdo a lo indicado en el escrito de su petición, debe decirse que la pena accesoria impuesta al docente, con ocasión del proceso penal que se siguió en su contra, esto es, la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 72 meses por el delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, constituía un claro impedimento legal para que se siguiera desempeñando como servidor público en la Institución Educativa Madre de Dios.

En este orden de ideas con el fallo penal interpuesto en contra del señor DARÍO MORENO ARTEAGA, se configuró la inhabilidad sobreviniente contenida en el artículo 38 numeral tercero de la Ley 734 de 2002, al ser condenado el docente en mención con sanción a la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 72 meses, decisión confirmada en segunda instancia por el H. TRIBUNAL SUPERIOR DE POPAYÁN el 3 de julio de 2013; y en consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, la administración una vez ejecutoriada dicha sentencia, debía retirar inmediatamente del servicio al mencionado docente.

Ahora bien, en cuanto a su interrogante relacionado con la procedencia de aplicar el literal n) del artículo 41 de la ley 909 de 2004 que señala “Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes” para retirar del servicio al docente, es importante señalar que la mencionada Ley, sobre su aplicación dispuso:

ARTÍCULO 3. *Campo de aplicación de la presente ley. (...)*

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

(...)

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

Rama Judicial del Poder Público.

(...)

El que regula el personal docente.

(...)”

De acuerdo a lo anterior se indica que, la Ley 909 de 2004 “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*” inicialmente no es de aplicación al personal docente, puesto que éstos pertenecen a una carrera especial y en tal virtud los rigen norma especiales; por lo tanto, sólo en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige las disposiciones de la Ley 909 de 2004 podrán ser aplicadas con carácter supletorio.

Al respecto, el Decreto 1278 de 2002 “*por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente*” sobre retiro del servicio, indicó:

ARTÍCULO 63. *Retiro del servicio. La cesación definitiva de las funciones docentes o directivos docentes de los educadores estatales se produce en los siguientes casos:*

(...)

f) Por inhabilidad sobreviniente;

-

(...)

j) Por destitución o desvinculación como consecuencia de investigación disciplinaria;

m) Por orden o decisión judicial;

o) Por haber sido condenado a pena privativa de la libertad por delito doloso;

p) Por las demás causales que determinen la Constitución, las leyes y los reglamentos. (Destacado fuera del texto)

ARTÍCULO 64. *Exclusión del Escalafón Docente. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior conlleva la exclusión del escalafón docente y la pérdida de los derechos de carrera.*” (Destacado nuestro)

De acuerdo a lo anterior, constituye causal de retiro del servicio de docentes o directivos docentes, entre otras, la inhabilidad sobreviniente, por destitución o desvinculación como consecuencia de investigación disciplinaria, haber sido condenado a pena privativa de la libertad por delitos dolosos, por decisión judicial, y por las demás que determine la Constitución, la ley y los reglamentos.

Por último, es importante señalar que el Código Disciplinario Único, respecto al certificado de antecedentes por sanciones impuestas, indica lo siguiente:

ARTÍCULO 174. Registro de sanciones. Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.

El funcionario competente para adoptar la decisión a que se refiere el inciso anterior o para levantar la inhabilidad de que trata el párrafo 1º del artículo 38 de este Código, deberá comunicar su contenido al Procurador General de la Nación en el formato diseñado para el efecto, una vez quede en firme la providencia o acto administrativo correspondiente.

La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.

(...).”

El texto legal citado, indica que las decisiones penales y/o administrativas que imponen una sanción, sólo son comunicadas a la Procuraduría para que efectúe la respectiva anotación, sólo cuando aquellas estén en firme.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:09:23