



Función Pública

Concepto 364941 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000364941

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000364941

Fecha: 04/08/2020 06:40:37 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Pariente de alcalde. RAD. 20202060268922 del 25 de junio de 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

"Mi nombre es Luz Ayda Rivera Vásquez identificada con la cedula de ciudadanía No 1.108.929.406 del guamo Tolima funcionaria pública de la alcaldía municipal del guamo Tolima, me encuentro vinculada a un proceso penal por peculado por el cual me fue ordenada una medida de aseguramiento domiciliaria la cual me impedía ir a laborar y la cual llevo a la entidad alcaldía municipal Guamo Tolima a nombrar a una persona en una vacante temporal porque yo por estar privada de la libertad no podía ir a cumplir con mis funciones, el pasado 11 de junio fui dejada en libertad por vencimiento de términos y es por esta razón llame de manera informal al director actual de talento humano para preguntarle cuando o que debo hacer para presentarme a trabajar ya que la medida de aseguramiento que me lo impedía fue levantada y mi abogado ,me indica que ya puedo ir a trabajar por q no hay ninguna sentencia ni documento jurídico que me lo impida porque si bien es cierto el proceso continua y sigo vinculada existe la presunción de inocencia y que a la fecha no se me ha llevado a ningún juicio, ni ningún juez a ordenado ninguna sentencia condenatoria.. al hablar con el director de talento humano me dice que de manera informal el me responde que yo no puedo presentarme a trabajar porque el proceso aún sigue y yo estoy vinculada que sin embargo lo radique por escrito a ver que concepto dan los jurídicos de la alcaldía..

Mi pregunta es puede el nominador o la entidad negarme el derecho de restablecerme mi cargo, bajo qué argumentos o puedo empezar a trabajar nuevamente como funcionaria pública como lo indica mi abogado, agradezco su colaboración y gestión."

En atención a la misma me permito informarle lo siguiente:

Respecto a si existe inhabilidad para retomar al ejercicio de su cargo una vez dejada en libertad por vencimiento de términos, en razón a que la medida de aseguramiento fue levantada, me permito recordar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Negritas y subrayado fuera de texto).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Por su parte, el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia, establece:

“ARTÍCULO 122.

(...)

(Inciso modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009). Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

(...)”. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

La Ley 734 de 2002³, dispone;

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

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 12260 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.

(...)

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.

(...)

PARÁGRAFO 2°. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.” (Subraya fuera de texto)

De conformidad con la norma constitucional, la persona que haya sido condenada, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrá ser elegida, ni designada como servidor público ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con entidades del Estado; lo anterior se consagra como una inhabilidad permanente para los servidores que hubieren sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado.

De otra parte, y conforme al numeral 1 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002; constituye inhabilidad para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, 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 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, según lo dispone el numeral 3 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002.

Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Ahora bien, el Decreto 1083 de 2015⁴, consagra:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.47 Suspensión en ejercicio del cargo. La suspensión provisional consiste en la separación temporal del empleo que se ejerce como consecuencia de una orden de autoridad judicial, fiscal o disciplinaria, la cual deberá ser decretada mediante acto administrativo motivado y generará la vacancia temporal del empleo.

El tiempo que dure la suspensión no es computable como tiempo de servicio para ningún efecto y durante el mismo no se cancelará la remuneración fijada para el empleo. No obstante, durante este tiempo la entidad deberá seguir cotizando al Sistema Integral de Seguridad Social, en la proporción que por ley le corresponde.” (Subrayado fuera de texto).

“ARTÍCULO 2.2.5.5.48 Reintegro al empleo y reconocimiento y pago de salarios dejados de percibir como consecuencia de la suspensión. De conformidad con lo señalado en el artículo 158 de la Ley 734 de 2002, el servidor público que en un proceso disciplinario hubiere sido suspendido provisionalmente, será reintegrado a su cargo o función y tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión, cuando la investigación termine con fallo absolutorio, decisión de archivo, terminación del proceso, o cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia.”

Conforme a lo transcrito, la suspensión provisional consiste en la separación temporal del empleo que se ejerce como consecuencia de una orden de autoridad judicial, la cual generara la vacancia temporal del empleo.

Teniendo en cuenta lo anteriormente transcrito, en criterio de esta Dirección Jurídica, y una vez revisadas las normas que determinan las inhabilidades propias de los empleados públicos, principalmente las contenidas entre otros en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; el artículo 38 de la Ley 734 de 2002, la Ley 1474 de 2011; no se evidencia inhabilidad alguna para que persona retorne a su labores como empleado público una vez levantada la medida de aseguramiento de prisión domiciliaria por vencimiento de términos, teniendo

en cuenta que las inhabilidades se circunscriben a una condena en firme y debido a que la persona ya no se encuentra recluida en su domicilio.

En todo caso, se deberá atender el resultado final del proceso penal, tal y como lo dispone el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección A, en sentencia con radicación No. 25001-23-42-000-2013-06486-01 (0549-2017), del Consejero ponente William Hernández Gómez, que dispone:

“(…)

En otras palabras, como quedó estudiado en precedencia, así el demandante no haya prestado sus servicios durante el tiempo de la suspensión del ejercicio del cargo, es posible reconocer sus derechos laborales dejados de devengar por dicho lapso, pero tales acreencias dependen del resultado del proceso penal en su contra, que es el momento en el cual se concreta o define la responsabilidad del acusado

El anterior requisito es jurídicamente relevante, en tanto si la decisión del juez penal es desfavorable para el empleado, la privación de la libertad y la suspensión del ejercicio del cargo, serían justificativas, porque en este supuesto, se infiere que estas circunstancias las provocó el sindicado con su actuar delictivo, y por tanto el daño por no recibir los salarios y prestaciones durante dicho periodo no sería atribuible a ninguna autoridad administrativa ni judicial.

(…)”

Por consiguiente, deberá estarse lo dispuesto en cada una de las etapas del proceso penal que sigue en curso, conforme lo determine la respectiva autoridad judicial.

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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: D. Castellanos

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

3. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único

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

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:22:09