



Función Pública

Concepto 065881 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000065881

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000065881

Fecha: 24/02/2021 03:18:22 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Empleado Público. Empleado inhabilitado penalmente para el ejercicio de derechos y funciones públicas. RADICACIÓN: 20212060058552 del 04 de febrero de 2021.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual consulta lo siguiente: Un servidor público que en ejercicio de sus funciones es condenado mediante sentencia, pierde los derechos de carrera administrativa, o puede ser reintegrado una vez cumpla la pena principal, la causal de retiro, enunciada en el decreto 1083 de 2015 artículo 2.2.11.1.1N° 10 orden o decisión judicial es aplicable para el caso en mención, teniendo en cuenta que dentro de la sentencia, no se hace alusión a la relación laboral, Cuánto tiempo se debe esperar para que un servidor que fue condenado pueda ser retirado del servicio y se pueda disponer del empleo.

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.

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 6. 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 inhabilidad, 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 inhabilidad 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 inhabilidad 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 inhabilidad 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 2006⁶, éste no podía desempeñarse como servidor público dada la inhabilidad 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 inhabilidad 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 inhabilidad 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 inhabilidad 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 6⁷ 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 públicas⁹.

-

(...)

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.

Respecto, a la pérdida de los derechos de carrera la ley 909 de 2004 expone:

“ARTÍCULO 41. *Causales de retiro del servicio.* El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...)

k) Por orden o decisión judicial; (...)

ARTÍCULO 42. *Pérdida de los derechos de carrera administrativa.*

1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente ley. (...)

En cuanto a la disposición anteriormente transcrita, se observa que una de las causales para el retiro del servicio es por orden o decisión judicial y que, por dicha causal, la norma señala que el retiro fue con ocasión a la decisión judicial esto implica una separación automática de la carrera administrativa y de la pérdida de los derechos a ella inherente.

En consecuencia, dando contestación a su consulta, por existir decisión judicial, que si taxativamente no indica el retiro del servicio es clara en establecer que opera la inhabilidad sobreviniente y por ende esta se realizó por orden judicial como fue la sentencia condenatoria por lo que es causal de retiro del servicio.

Respecto en qué momento se deberá aplicar el retiro, es necesario verificar la fecha de la ejecutoria de la sentencia penal, hasta tanto no quede en firme la sentencia condenatoria la administración no podrá hacer efectivo el retiro del servicio.

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 CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Adriana Sánchez

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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: 2025-03-02 14:13:25