



Concepto 073221 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000073221

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000073221

Fecha: 02/03/2021 01:03:36 p.m.

Bogotá

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que una persona subjujice en proceso penal, por delitos de homicidio, desaparición de personas y otros delitos de lesa humanidad, gozando de libertad provisional por vencimiento de términos, pueda ser funcionario público o asesor de una entidad pública, mediante contrato de prestación de servicios? RADICACION: 20212060047882 del 29 de enero de 2021.

En atención a su interrogante de la referencia, relacionado con la posibilidad de que una persona subjujice en proceso penal pueda ser vinculada como empleada pública o mediante contrato de prestación de servicios, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Sea lo primero señalar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no le corresponde una valoración concreta de casos particulares, ni se encuentra facultado para declarar derechos individuales, ni dirimir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces como es el caso de la configuración de inhabilidades e incompatibilidades, ni tampoco es un órgano de control o vigilancia. Para tales efectos debe acudir al juez u órgano de control competente, previo agotamiento del procedimiento legalmente establecido.

En consecuencia, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de competencia.

Así las cosas, sobre la privación de la libertad, sea del caso señalar que es una medida que se da en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo [2](#) de la Ley [906](#) del 31 de agosto de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, que señala:

"TITULO PRELIMINAR.

PRINCIPIOS RECTORES Y GARANTIAS PROCESALES.

(...)

ARTÍCULO 2. LIBERTAD. *Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.*

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.

En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes." (Subrayado fuera texto)

En ese sentido, es claro que debe mediar la intervención de una autoridad judicial competente para que ordene la restricción de la libertad o legalice la aprehensión en los casos en que proceda la detención preventiva sin orden judicial (Artículo 300 del C.P.P.) como el caso de la flagrancia.

Ahora bien, frente a la libertad por vencimiento de términos en el caso de servidores públicos, es necesario traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado en Sentencia No. 00325 de 2014, así:

"El cuestionamiento en este punto consiste en definir, ¿si el beneficio de libertad provisional por vencimiento de términos daba lugar al reintegro del empleado que fue objeto de medida de aseguramiento? La Sala considera que no. El beneficio concedido al demandante en el marco de la investigación penal responde a una decisión protectora del derecho fundamental de libertad, dado que el operador jurídico dejó vencer los 4 meses- términos legal - para calificar el mérito sumarial, como bien lo afirmó el A quo. Ello quiere decir que no hubo una decisión modificatoria sobre su responsabilidad, toda vez que la medida de aseguramiento mantuvo su fondo soportado en los mismos presupuestos que dieron lugar a ella, habida cuenta que no fue revocada, sino que el proceso penal continuó en otras condiciones de libertad para el imputado, que de acuerdo a ese sistema penal eran: el cierre de la investigación y la calificación sumarial, para seguir con el juicio o finalizar con la cesación del procedimiento. Del artículo 147 de la Ley 270 de 1996, se puede inferir en lo referente a la suspensión generada por una orden de autoridad judicial, que el funcionario suspendido tiene derecho al reconocimiento y pago de la remuneración de la cual fue privado en el evento de que el proceso termine por: 1. Cesación de procedimiento 2. Preclusión de la instrucción, 3. Absolución 4. Exoneración." (Subraya propia)

De acuerdo con lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que el proceso judicial en contra del servidor continúa, solo que en otras condiciones que conllevan la libertad del imputado; además, resalta el tribunal de cierre de lo contencioso administrativo que para que proceda el reintegro del funcionario el proceso debe terminar por (i) Cesación de procedimiento (ii) Preclusión de la instrucción, (iii) Absolución o (iv) Exoneración.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta la situación planteada en su oficio, se hace necesario acudir al texto de la decisión inicialmente proferida por el despacho judicial, con el fin de establecer si en el proceso penal respectivo se ha declarado algún impedimento para vincularse con una entidad pública.

De otra parte, en caso de no haberse producido tal decisión, deberá tenerse en cuenta que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, 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 Estado 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”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme con 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.

En consecuencia, estas restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la ley.

Ahora bien, frente a las inhabilidades dispuestas para ser designado como servidor público, la Constitución Política establece:

“ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

(...)

(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 servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

(...)

(Negrilla y subrayado por fuera del texto original).”

Por su parte, la Ley 734 de 2002 señala:

“ARTÍCULO 38. OTRAS INHABILIDADES. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> 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 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. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

De acuerdo con los textos legales expuestos, la inhabilidad para vincularse con una entidad pública podrá obedecer a una sentencia en firme en contra del aspirante o contra el servidor que ya se encuentre laborando, pero en todo caso deberá evaluarse el caso particular en cada situación por lo que no resulta viable emitir consideraciones al respecto.

De otra parte, la Ley 190 de 1995 preceptúa:

“ARTÍCULO 1. Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración deberá presentar ante la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces, el formato único de hoja de vida debidamente diligenciado en el cual consignará la información completa que en ella se solicita

(...)

3. Inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal para ocupar el empleo o cargo al que se aspira o para celebrar contrato de prestación de servicios con la administración.”

“ARTICULO 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.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin 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. (Inciso 2o. declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-038-96 de 5 de febrero de 1996, 'pero únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario público a los que se refiere dicho precepto'. Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)”.

En este mismo sentido, el Decreto 1083 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, señala:

“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)

Con base en la normativa y jurisprudencia citadas, en caso de que una persona sea condenada por una de las causales señaladas en la Constitución Política o en la Ley, deberá informar a la entidad correspondiente y presentar renuncia al empleo, so pena de que su nombramiento sea revocado.

Se precisa que el servidor público al que le sobrevenga una inhabilidad para ejercer como tal, deberá advertirlo de manera inmediata a la entidad en la cual presta sus servicios y contará con tres (3) meses para poner fin a la situación que dio lugar a la inhabilidad, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 6 de la Ley 190 de 1995 y el Decreto 1083 de 2015. En este punto, es preciso aclarar que esta disposición legal debe aplicarse únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al servidor.

Por último, me permito indicarle que, 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 link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

11602.8.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. (Cabanelas) Loc. lat. y esp. Pendiente de resolución judicial. Caso o cosa opinable. Tomado de: https://www.lexivox.org/packages/lexml/mostrar_diccionario.php?desde=Sub%20judice&hasta=Substitutivos%20penales&lang=es

2. "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública".

3. Rad. No. 19001-23-31-000-2002-00325-01(1036-10) - M.P Gerardo Arenas Monsalve.

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

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

6. NOTA DE VIGENCIA: Ley derogada, a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019>

"Por la cual se expide el Código Disciplinario Único".

7. "Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa".

Fecha y hora de creación: 2024-08-22 06:30:09