



Función Pública

Concepto 161651 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000161651

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000161651

Fecha: 10/05/2021 12:19:18 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Requisitos. Existencia de antecedentes disciplinarios para ser nombrado defensor de familia o comisario de familia. RETIRO DEL SERVICIO. Empleados Provisionales, SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo. Terminación del nombramiento provisional o del encargo por culminación de concurso de méritos. RAD.: 20219000202242 del 22 de abril de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual formula dos consultas, la primera en relación con los requisitos para acceder al cargo de defensor de familia o comisario de familia y la segunda, sobre el retiro del servicio de los empleados vinculados en provisionalidad o encargo en empleos que serán provistos a la culminación de un concurso de méritos, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En cuanto a su primera inquietud, la Ley 1098 de 2006¹ señala en relación con los requisitos para los Comisarios de Familia:

"ARTÍCULO 80. Calidades para ser Defensor de Familia. Para ser Defensor de Familia se requieren las siguientes calidades:

1. Ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente.

2. No tener antecedentes penales ni disciplinarios.

3. Acreditar título de posgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos, o en Ciencias Sociales siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea un componente curricular del programa.

ARTÍCULO 85. Calidades para ser comisario de familia. Para ser comisario de Familia se requieren las mismas calidades que para ser Defensor de Familia.

(Subrayado nuestro)

Ahora bien, en cuanto a la interpretación del requisito exigido en el numeral 2 del Artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, se observa que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se pronunció mediante el Concepto 1915² de agosto 6 de 2008, con radicado No. 11001-03-06-000-2008-00053-00, con ponencia del Magistrado Gustavo Aponte Santos, en la cual se precisó:

"3.6. El requisito de carecer de antecedentes penales y disciplinarios no es en cualquier tiempo.

La primera pregunta se refiere a si es requisito para acceder y permanecer en los cargos de Defensor y Comisario de Familia el no tener antecedentes penales y disciplinarios en cualquier tiempo.

La Sala observa que los Artículos 80 y 85 del Código de la Infancia y la Adolescencia no exigen, de manera expresa, la carencia total o absoluta de antecedentes penales y disciplinarios, lo cual significa que el requisito no se refiere a carecer de antecedentes en cualquier tiempo sino a la circunstancia de no tener antecedentes vigentes al momento de la posesión o en el desempeño del cargo, como se precisará más adelante.

Sin embargo, existe una inhabilidad permanente aplicable en el presente caso para "quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado", conforme al inciso quinto del Artículo 1227 de la Constitución, aprobado por el referendo del 25 de octubre de 2003 y formalizado mediante el Artículo 1º del acto legislativo No. 1 de 2004.

Resulta oportuno anotar que una norma similar se encuentra en el inciso primero del Artículo 468 del Código Disciplinario Único que dispone que cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado, la inhabilidad será permanente, con dos precisiones:

a). La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-948/02, declaró exequible esta parte de dicha norma de manera condicionada: "bajo el entendido que se aplica exclusivamente cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del Artículo 122 de la Constitución Política".

b). La comisión del delito debe ser a título doloso, según lo determinó la Corte en la sentencia C-064/03.

(...)

3.8. La existencia de antecedentes disciplinarios.

La Ley 734 del 5 de febrero de 2002, "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", aplicable a los servidores públicos (art. 25), establece, en el Artículo 44, las clases de sanciones de acuerdo con la gravedad de la falta, así:

"ARTÍCULO 44.- Clases de sanciones.- El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima¹⁰.

2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas¹¹.

3. Suspensión, para las faltas graves culposas.

4. Multa, para las faltas leves dolosas.

5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

PARÁGRAFO. - Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones"12 (Resalta la Sala).

Esta disposición se relaciona con el Artículo 45 del mismo Código, que determina cada clase de inhabilidad, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 45.- Definición de las sanciones.-

1. La destitución e inhabilidad general implica:

a). La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o

b). La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los Artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o

c). La terminación del contrato de trabajo, y

d). En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera13.

2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.

(...)" (Destaca la Sala).

La duración de la inhabilidad sea general o especial, se debe establecer en el fallo disciplinario, teniendo en cuenta los límites fijados en el Artículo 46 del Código que establece:

"ARTÍCULO 46.- Límite de las sanciones. - La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.

La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial14.

(...)" (Resalta la Sala).

Adicionalmente, existe una situación de sanciones por faltas graves o leves dolosas, en un determinado lapso, respecto de la cual el Código fija una inhabilidad específica de tres (3) años, que se encuentra consignada en el numeral 2º del Artículo 38 en estos términos:

"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 sanción¹⁵.

(...)" (Destaca la Sala).

Ahora bien, el Código Disciplinario Único prevé la multa como una sanción de carácter pecuniario que no puede ser inferior al valor de diez (10), ni superior al de ciento ochenta (180) días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta (arts. 45 num. 3º y 46 inciso tercero).

Por último, la amonestación escrita implica un llamado de atención formal que debe registrarse en la hoja de vida (arts. 45 num. 4º y 46 inciso cuarto).

De las normas anteriores se infiere que la persona tiene antecedentes disciplinarios que le impiden ser nombrada, confirmada y posesionada, según el trámite que esté en curso, o su continuidad en el desempeño del cargo de Defensor o Comisario de Familia, si en el certificado expedido por la Procuraduría General de la Nación le aparecen registradas providencias ejecutoriadas dictadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición, que se refieren a sanciones de destitución, suspensión, multa o amonestación escrita o inhabilidades para desempeñar cargos públicos, ya sea la general o la especial correlativas a las dos primeras sanciones, o la contemplada en el numeral 2º del Artículo 38 del Código Disciplinario Único, o cualquier otra establecida para el cargo o en disposiciones especiales, que se encuentren vigentes en dicho momento." (Destacado nuestro)

Con base en las consideraciones que anteceden, esa Corporación concluyó que no es requisito para acceder ni para permanecer en los cargos de Defensor y Comisario de Familia carecer de antecedentes penales o disciplinarios en cualquier tiempo, con excepción del caso de una sentencia condenatoria en firme por la comisión dolosa de un delito contra el patrimonio económico del Estado, porque esta inhabilidad es permanente.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica acoge el criterio expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Concejo de Estado, por lo que en el caso concreto, una persona no podrá ser nombrada defensor de familia o comisario de familia si en el certificado expedido por la Procuraduría General de la Nación le aparecen registradas providencias ejecutoriadas dictadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición, que se refieren a sanciones de destitución, suspensión, multa o amonestación escrita o inhabilidades para desempeñar cargos públicos, ya sea la general o la especial correlativas a las dos primeras sanciones, o la contemplada en el numeral 2 del Artículo 38 del Código Disciplinario Único, o cualquier otra establecida para el cargo o en disposiciones especiales, que se encuentren vigentes en dicho momento.

En cuanto a su segunda consulta, referida a la terminación de un nombramiento provisional o de un encargo, el Decreto 1083 de 2015, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.”

Inicialmente, se precisa que esta Dirección Jurídica ha señalado de manera reiterada que de conformidad con lo establecido en el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, que el encargo es uno de los beneficios a que tienen derecho los empleados de carrera para proveer vacantes temporales o definitivas, el cual puede darse por terminado, por las siguientes causales: cuando se presenta renuncia del mismo, por obtención de evaluación del desempeño no satisfactoria, por decisión del nominador debidamente motivada, por la pérdida de los derechos de carrera, cuando se acepte la designación para el ejercicio de otro empleo, por la imposición de sanción disciplinaria consistente en suspensión o destitución y por determinarse precedente la provisión definitiva del empleo.

Por otro lado, y de acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad deberá efectuarse mediante acto administrativo motivado.

Frente al particular, se considera procedente tener en cuenta los pronunciamientos que ha efectuado la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia T-326 del 3 de junio de 2014, al pronunciarse sobre la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, que señaló:

“Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.”

Igualmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU-917 de 2010, al pronunciarse sobre el retiro de los empleados provisionales, señaló:

“El acto de retiro no sólo debe ser motivado, sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del Artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.”

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la

función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”. (Destacado nuestro).

El Ministerio de Trabajo y este Departamento Administrativo, en la Circular Conjunta No. 0032 del 3 de agosto de 2012, señala sobre el particular:

“De conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la Administración Pública, se recuerda a los representantes legales de las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial que al momento de expedir los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia.

Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. 01 de 2008 o 04 de 2011, o el vencimiento de duración del término del nombramiento provisional o el de su prórroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados.

Finalmente, es necesario recordar que el nombramiento provisional solo procede una vez agotado el orden de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley 909 de 2004 y los decretos reglamentarios.”

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional, procede por acto motivado y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado.

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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia".
2. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39547>

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:23:15