



Concepto 433211 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000433211

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado N°: 20216000433211

Fecha: 06/12/2021 09:22:25 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado Público. Inhabilidades para ser nombrado defensor de familia. Pensionado por invalidez para acceder a otra pensión. RAD.: 20219000679712 del 25 de octubre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta acerca de las inhabilidades para aspirar al cargo de comisario de familia, así como respecto a la posibilidad de obtener una segunda pensión por parte de un pensionado por invalidez del Ministerio de Defensa, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

1. En cuanto a sus preguntas 1 y 2, relacionadas con las inhabilidades para acceder al cargo de comisario de familia, me permito señalar que el artículo 7 de la Ley 2126 de 2021, que modificó el artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, señala en relación con los requisitos para ocupar el referido empleo:

“ARTÍCULO 7. Modifíquese el Artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, el cual quedará así:

ARTÍCULO 80. Calidades para ser comisario y/ o comisaria de familia y defensor y/ o defensora de familia. Para ocupar el empleo de Comisario de Familia y Defensor de Familia se deberán acreditar las siguientes calidades:

- 1. Título profesional de abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente;*
- 2. Título de posgrado en derecho de familia, derecho civil, derecho administrativo, derecho constitucional, derecho procesal, derecho penal, derechos humanos, o en ciencias sociales, siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea un componente curricular del programa o títulos afines con los citados, siempre que guarden relación directa, clara e inequívoca con las funciones asignadas al comisario de familia o al defensor de familia.*
- 3. Dos (2) años de experiencia relacionada con las funciones del cargo. En los Municipios de quinta y sexta categoría, se podrá acreditar un (1) año de experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo.*
- 4. Contar con las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública para el ejercicio del cargo, las cuales deberán evaluarse a través de pruebas específicas.*
- 5. No tener antecedentes penales, disciplinarios ni fiscales, ni encontrarse inhabilitado por normas especiales, especialmente en el registro de ofensores sexuales.”*

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 1915 de agosto 6 de 2008, dentro del proceso 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 122 de la Constitución, aprobado por el referendo del 25 de octubre de 2003 y formalizado mediante el Artículo 1 del acto legislativo No.1 de 2004.

Resulta oportuno anotar que una norma similar se encuentra en el inciso primero del Artículo 46 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 especial.

(...)" (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 se infiere el requisito establecido en el numeral 5 del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006 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.

En tal sentido, 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.

Se precisa además que cuando la norma señala que quien pretenda ocupar el cargo de comisario o defensor de familia, no puede estar inhabilitado por norma especial, se hace referencia a cualquier otra prohibición que para acceder a ese empleo se establezca en normas que se refieran al particular.

2. Respecto de sus preguntas 3 y 4, se recuerda que la Constitución Política establece frente a la prohibición de desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público lo siguiente:

"ARTÍCULO. 128.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del

tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas". (Subrayado nuestro)

Sobre este asunto, la Ley 4ª de 1992, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política consagra:

"ARTÍCULO. 19.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*

d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos Juntas;

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados;

PARAGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades." (Subrayado nuestro)

De conformidad con lo señalado en las normas transcritas, nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, se exceptúan las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública y las que a la fecha de entrada en vigencia de la ley citada, benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

Por otra parte, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, dispone:

"ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes. (...)"

De acuerdo con lo señalado, la obligación de cotizar cesa en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez o cuando se pensiona por invalidez o anticipadamente. Así las cosas, el sistema general de pensiones creado por la Ley 100 de 1993, no permite que un pensionado por vejez pueda acceder a una segunda pensión que cubra el mismo riesgo, toda vez que, cumplidos los requisitos establecidos para adquirir del derecho a la pensión, desaparece el riesgo y se transforma en un derecho pensional. Por lo tanto, resulta imposible cubrir un riesgo que ya no puede existir.

Con base en lo anotado en precedencia, se colige que no es posible que quien adquirió el derecho a pensionarse por invalidez pueda acceder a otra pensión a través del régimen de prima media con prestación definida o en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Sin embargo, el pensionado podrá continuar realizando aportes voluntarios en cualquiera de los dos regímenes, con el objeto de complementar o mejorar su pensión.

Por último, en caso de requerir mayor información relacionada con el tema de pensiones, se sugiere dirigir sus inquietudes al Ministerio del Trabajo, entidad facultada para pronunciarse en materia pensional.

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: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:16:47