



Función Pública

Concepto 436831 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000436831

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado N°: 20216000436831

Fecha: 07/12/2021 01:06:52 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para ser posesionado en cargo público por haber sido condenado penalmente. RAD. 20212060694432 del 8 de noviembre de 2021.

Cordial saludo.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

1. ¿Existe algún término de prescripción o caducidad para dar aplicación a una causal de inhabilidad que genera el retiro de un funcionario público por la condena en firme por un delito contra la administración en la vigencia 2012?
2. ¿Cuál es el trámite que se debe realizar para retirar y/o desvincular a un funcionario sobre la cual pesa una inhabilidad?
3. ¿Se debe iniciar proceso de control disciplinario a un funcionario que estando inhabilitado no informa a la entidad del mismo?

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública", 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, a este Departamento Administrativo no le corresponde una valoración concreta de casos particulares, ni certificar la situación jurídica de quienes aspiran a ser servidores públicos, al ser un órgano de asesoría que exclusivamente conceptúa e ilustra de manera general sobre la normativa relacionada con la materia de competencia.

En este sentido y a manera de orientación general, se indicará la legislación y la jurisprudencia aplicables al caso consultado, con el objeto que el consultante cuente con la información necesaria para adoptar las decisiones respectivas.

Señala el artículo 122 de la Constitución Política:

"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. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

(...).”

Los supuestos normativos inhabilitantes previstos en la norma constitucional citada, son:

Una condena judicial por comisión de delito contra el patrimonio del Estado.

Que haya dado lugar a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Una condena judicial por comisión de 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.

Por su parte, el artículo 38 de la Ley 734 de 2002, señala:

“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 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.

(...)

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.

(...)”

Según el texto legal, no podrá desempeñar ningún cargo público quien haya sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de 4 años por delito doloso, dentro de los 10 años anteriores.

Los elementos que configuran la inhabilidad citada, son los siguientes:

Haber sido condenado a pena privativa de la libertad.

La pena debe ser mayor de cuatro años

Por delito doloso

Dentro de los diez años anteriores a la fecha en que pretende desempeñar un cargo público.

Se exceptúan los delitos políticos.

Ahora bien, la legislación penal¹ colombiana indica que una persona puede ser sancionada por la comisión de un delito, entre otras, a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como pena principal o accesoria, sanción que priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales. Adicionalmente, la pena de prisión conlleva la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más. No sobra señalar que existen sanciones penales que no implican la interdicción de derechos y funciones públicas.

De manera adicional, la Ley puede establecer que las sanciones penales, deben ser consideradas como un antecedente suficiente para crear una inhabilidad para ejercer cargos públicos. Así, la inhabilidad contenida en el numeral 1° del artículo 38 de la Ley 734, no hace parte de la sanción penal en sí, pero constituye una limitante para el acceso a un cargo público.

Por su parte, 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 objeto de erradicar la corrupción administrativa”, determina en su artículo 6° lo siguiente:

“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.

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 portal hecho haya lugar.”

La Corte Constitucional, en su Sentencia C-038 de 1996 del 5 de febrero de 1996, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, efectuando el control de constitucionalidad de la Ley 190 y, específicamente, sobre el artículo 6° y el plazo de los 3 meses para dar solución a la inhabilidad, indicó lo siguiente:

“8. La Corte considera que es importante efectuar una distinción. 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 por el contrario, 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.

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del precepto acusado, pero bajo el entendido de que la norma se refiere únicamente al nombrado o al funcionario que no haya dado lugar por su dolo o culpa a la causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes.” (Se subraya).

De acuerdo con el pronunciamiento, en caso de sobrevenir una inhabilidad en un servidor público que esté originada en causas imputables al dolo o culpa del mismo, procede su retiro inmediato. Si la inhabilidad no está originada en el dolo o culpa, el servidor cuenta con el plazo de 3 meses para poner fin a la situación.

De lo expuesto hasta ahora, y para efectos de la consulta, la administración deberá revisar:

1. Si la sanción penal por la comisión del delito genera inhabilidad para desempeñar cargos públicos pues, no toda sentencia penal conlleva esta sanción.
2. Si, de acuerdo con el fallo penal, la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, se encuentra vigente.
3. Si la sentencia penal le fue impuesta dentro de los 10 años anteriores pena privativa de la libertad mayor de cuatro años, por delito doloso diferente a delito político.

Con base en estas premisas, podrá la administración adoptar la decisión respectiva, como se indicará posteriormente.

Ahora bien, al momento de ser sancionado penalmente, si la sanción generaba una inhabilidad, el servidor tenía el deber de poner en conocimiento de este hecho a la entidad para la cual presta o prestaba sus servicios.

Adicionalmente, la Ley 734 de 2002, “*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*”, indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.” (Se subraya).

“ARTÍCULO 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

(...).”

Siendo un deber del servidor, informar a la administración sobre el acaecimiento de situaciones que generan inhabilidad, como una condena penal, su omisión constituye falta disciplinaria que da lugar a la sanción pertinente. Actuar a pesar de la existencia de causal de inhabilidad, como sería el caso del servidor que fue condenado penalmente y no puso en conocimiento de este hecho a la entidad en la que prestaba sus servicios, puede dar lugar a una falta gravísima.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. Respecto a la posible prescripción o caducidad de la sanción penal, la administración deberá dirigirse al juez penal respectivo con el objeto de que clarifique la situación actual del servidor o ex servidor y verificar si subsiste alguna razón de inhabilidad que pese sobre aquél. En caso de encontrarse vigente alguna inhabilidad, la administración deberá desvincular al servidor, si aún se encuentra prestando servicios, con base en lo señalado en el artículo 6° de la ley 190 de 1995 y de acuerdo con el análisis realizado en el cuerpo del concepto.
2. Si pervive alguna inhabilidad sobre el servidor, la administración deberá emitir el acto administrativo respectivo, indicando las razones que sustentan la decisión (fallo de la justicia penal, entre otras), agotando el procedimiento administrativo contenido en el Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.
3. Si efectivamente pesaba sobre el empleado una sanción penal que le generaba una inhabilidad, era su deber informar a la administración sobre este hecho y desatenderlo se convierte en una acción disciplinable. En otras palabras, al no reportar su situación el servidor puede ser investigado y sancionado disciplinariamente.

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 LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal. Artículos 43 y siguientes.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 07:59:12