



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 135701 de 2016

Fecha: 22/06/2016 12:45:39 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad sobreviniente derivada de un proceso de responsabilidad fiscal. RAD.: 20162060133572 del 10/05/2016.

En atención al oficio de la referencia en el cual consulta si es procedente que una Empresa Social del Estado vincule nuevamente a una persona que fue retirada de la misma entidad por una inhabilidad sobreviniente por haber sido declarada responsable fiscalmente por parte de la Contraloría General de la República y quien ya canceló su obligación, atentamente me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

1.- La Ley 734 de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, establece:

“ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

24. Incumplir cualquier decisión judicial, fiscal, administrativa, o disciplinaria en razón o con ocasión del cargo o funciones, u obstaculizar su ejecución.

(...)”

“ARTÍCULO 38. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(...)

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

PARÁGRAFO 1°. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO 2°. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.”

La Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, establece:

“ARTICULO 60. BOLETIN DE RESPONSABLES FISCALES. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

Para efecto de lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta.

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 66 de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.” (Subrayado fuera de texto)

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”, establece:

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.”

La Corte Constitucional, en sentencia No. C-077 del 7 de febrero de 2007, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 Parágrafo 1 de la Ley 734 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería, señaló:

“6) Las inhabilidades en el régimen disciplinario:

Tanto doctrina como jurisprudencia han considerado que las inhabilidades están constituidas por determinadas circunstancias, sean de rango constitucional o legal y que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público. Se considera igualmente que su objetivo es lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos

En efecto, las inhabilidades son de rango constitucional, como las consagradas en los artículos 122, 126, 197, 179, 240 o 272; igualmente de carácter legal como las consagradas en la ley 24 de 1992 para ser Defensor del Pueblo, en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, artículo 150, para desempeñar cargos en la Rama Judicial, etc.

Tanto el Código Disciplinario Único anterior (Ley 200 de 1995, artículo 38), como el vigente (Ley 734 de 2002, artículo 196) han consagrado que el incumplimiento de deberes y prohibiciones así como la incursión en inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, etc. constituyen falta disciplinaria. De la misma manera, el Estatuto Disciplinario vigente, en su artículo 36 ordena entre otras cosas, incorporar a él las inhabilidades señaladas en la Constitución y en la Ley; el artículo 37 define las inhabilidades sobrevivientes o el 38 relaciona las inhabilidades para desempeñar cargos públicos. Por eso tampoco resulta

extraño y menos inconstitucional el hecho de que en el C. D. U. vigente se haya consagrado como inhabilidad el hecho de haber sido declarado responsable fiscalmente para ejercer cargos públicos, como lo pretende el demandante.

Incluso, en anterior oportunidad esta Corporación hubo de pronunciarse frente a una demanda similar y en ella se estableció que hay conexidad temática cuando en la legislación disciplinaria se consagran inhabilidades, lo cual descarta la invalidez de la norma por el cargo formulado: "...en anteriores decisiones esta Corporación había señalado que las inhabilidades no hacen parte, en sentido estricto, del régimen disciplinario.(sic) Con base en tal criterio, esta Corporación estudió algunas disposiciones del decreto extraordinario 1888 de 1989, que desarrollaba una facultades concedidas por la Ley 30 de 1987 para que el Presidente modificara el régimen disciplinario de la rama jurisdiccional. La Corte concluyó que eran inexecutable los artículos que establecían una inhabilidad aplicable para acceder a la rama jurisdiccional, pues las facultades habían sido otorgadas para modificar el régimen disciplinario 'y las inhabilidades no hacen parte de ese régimen

Un interrogante se plantea entonces: Si, en sentido estricto, las inhabilidades no hacen parte del régimen disciplinario, ¿no violan la regla de unidad de materia aquellas disposiciones del CDU estatuto disciplinario- que consagran inhabilidades, pues conforme al artículo 158 de la Carta "todo proyecto debe referirse a una misma materia"?(...) La Corte considera que no es así..., si bien es inconstitucional que el Ejecutivo establezca inhabilidades cuando le fueron concedidas facultades únicamente para modificar el régimen disciplinario, pues en sentido estricto las inhabilidades no hacen parte del tal régimen, en cambio es perfectamente admisible que una ley disciplinaria regule también las inhabilidades pues existe entre estos temas una conexidad temática e instrumental razonable, que permite considerarlos como una misma materia, pues la violación del régimen disciplinario puede configurar una inhabilidad y, a su vez, el desconocimiento de las inhabilidades puede configurar una falta disciplinaria...

7. Conclusión:

No existen entonces razones para sostener ahora que los cargos formulados contra la norma acusada viola la exigencia de la unidad de materia por el hecho de haber consagrado una inhabilidad relacionada con la responsabilidad fiscal, pues, como también 10 sostuvo el concepto del Ministerio Público, ella tiene la finalidad de señalar que su desconocimiento también constituye falta disciplinaria.

Tampoco viola dicho principio la contemplación de la cesación de la misma inhabilidad por pago o por exclusión del boletín de responsables fiscales por parte de la Contraloría General de la República, pues la norma está desarrollando el tema de la "otra inhabilidad", la proveniente de la declaratoria de responsabilidad fiscal, y no fue el Código Disciplinario Único el que estableció la competencia de las Contralorías para incluir a los responsables ante ellas en el boletín. Solamente está haciendo referencia a dicha responsabilidad fiscal, que si es materia de órganos de control distintos a los disciplinarios para servidores públicos, en cuanto la inhabilidad que de ella se deriva va a representar un obstáculo más para ingresar a ejercer un cargo público.

Los términos de duración de la inhabilidad se incluyen para efectos exclusivamente disciplinarios, no para las competencias propias de las autoridades del control fiscal, quienes a su vez cuentan con su propio instrumento jurídico para regular dicha materia, como es, entre otras, la Ley 610 de 2000. En consecuencia las facultades establecidas en la Carta Política en sus artículos 267 o 268 y subsiguientes para la Contraloría General o para las contralorías departamentales siguen incólumes con la expedición de la Ley 734 de 2002, sin que esté posibilitando la invasión de competencias por parte de las autoridades titulares de la acción disciplinaria, ni atentando contra la separabilidad de los órganos de control del Estado que dispone el artículo 113 superior.

Sintetizando: podemos afirmar que desde el punto de vista de la técnica legislativa el párrafo, es un párrafo referido total o parcialmente al artículo y que sirve para especificar algún aspecto importante del mismo. En el caso concreto que nos ocupa, el artículo 38 se refiere a algunas inhabilidades para desempeñar cargos públicos y dentro de ellas señala (numeral 4), el haber sido declarado responsable fiscalmente. El párrafo primero, especifica la duración de la inhabilidad (incluida la cesación de la misma).

Como se puede observar, todo el párrafo se circunscribe a señalar el tiempo de la inhabilidad de quien ha sido declarado responsable fiscalmente. La persona que durante el tiempo de la inhabilidad acceda a la función pública, incurrirá en una falta disciplinaria. Este hecho es lo que demuestra la conexión que existe entre la inhabilidad (como consecuencia de la responsabilidad fiscal) y la responsabilidad disciplinaria.”

En este orden de ideas, en concepto de Dirección, quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente.

No obstante, esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Como quiera que la responsabilidad fiscal se consolida desde el momento en que la sentencia que declara dicha responsabilidad quede en firme y ejecutoriada, se considera que era obligación de la entidad retirar del servicio al empleado por presentarse una inhabilidad sobreviniente, a la luz de lo señalado en la Ley 190 de 1995.

2.- Ahora bien, frente a la interpretación de la inhabilidades e incompatibilidades, es preciso indicar 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 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, esas restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la ley.

Así las cosas, si el responsable fiscal ha cancelado la obligación, y la Contraloría competente ha declarado haber recibido el pago y por tanto ordenado la exclusión en el próximo boletín de responsables fiscales, esta Dirección Jurídica considera que la entidad podrá vincular nuevamente al ex servidor si el mismo cumple con los requisitos de ley, y aquellos exigidos en el respectivo manual de funciones y competencias laborales de la entidad, toda vez que no se encontró una inhabilidad o incompatibilidad que prohíba ser vinculado en un nuevo empleo.

Para mayor información al respecto, le informo que a través de la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo”, podrá consultar más de 3000 conceptos emitidos por la Dirección Jurídica en temas de su competencia.

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

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.