

Bogotá D.C., 19 de Agosto de 2015

No. de radicación 2015-ER-118138
solicitud:



2015-EE-092903

Doctora

Asunto: Inhabilidad sobreviniente por pena privativa de la libertad.

OBJETO DE LA CONSULTA

"(...) a través de la presente me permito solicitarle, Concepto Jurídico en lo correspondiente al oficio de fecha Agosto 5 de 2013, donde se recomienda a la Secretaría de Educación de Santander, establecer como plazo máximo de legalización de la situación laboral de los docentes allí relacionados el 30 de agosto de 2013; es de anotar que a la fecha ya se depuró la información correspondiente, sin embargo los siguientes docentes no han definido su situación.

El día 21 de mayo de 2015, la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación de Santander, emite concepto a la señora Secretaria de Educación Departamental, solicitando la revocación o terminación inmediata de los docentes mencionados a continuación, respecto a la Inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de los docentes (...) Inhabilidad del 31 de agosto de 2010 hasta 30 de agosto de 2015 Delito: Hurto Agravado por la confianza (...) inhabilidad 27 de octubre de 2011 hasta 26 de octubre de 2016. Delito Fraude a Resolución Judicial. (...) 03 de mayo de 2011 hasta 02 de mayo de 2016. Delito: Falso testimonio. (...)" (SIC).

NORMAS Y CONCEPTO

Previo a emitir pronunciamiento concreto sobre su consulta, cabe advertir que de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 5012 de 2009, por el cual se modificó la estructura del Ministerio de Educación Nacional (MEN) y se determina la función de sus dependencias, este Ministerio no es el competente para definir situaciones particulares y concretas en relación con los derechos o situaciones administrativas de personas particulares o servidores públicos.

No obstante, se presentan las siguientes referencias normativas y jurisprudenciales como argumentos jurídicos que pueden orientar la toma de la decisión por parte de la autoridad competente.

Así mismo, es importante señalar que el Departamento Administrativo de la Función Pública –DAFP, emitió el Concepto marco de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, mediante el cual se pronunció sobre situaciones similares a la objeto de consulta, en los siguientes términos:

"2. Inhabilidad sobreviniente

Una causal de inhabilidad se torna en sobreviniente cuando durante el desempeño de un cargo se presentan situaciones previstas en la ley como supuestos de hecho de una inhabilidad, de manera que por ser de ocurrencia posterior a la elección o nombramiento no genera la nulidad del acto de elección o designación, pero tiene consecuencias jurídicas respecto del ejercicio del cargo que se está desempeñando.

El artículo 37 del Código Disciplinario Único, se refiere a las inhabilidades sobrevinientes en los siguientes términos:

ARTÍCULO 37. INHABILIDADES SOBREVINIENTES. *Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias.*

De igual forma 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 fin de erradicar la corrupción administrativa", establece en su artículo 6o.

ARTÍCULO 6o. *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.*

Por tratarse de inhabilidades sobrevivientes, en caso de presentarse una situación de esta naturaleza, la norma prevé un mecanismo de solución diferente a la declaratoria de nulidad, al señalar en su inciso segundo que "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".

Es de advertir que el citado inciso segundo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-038 de 1996 "pero únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevivientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario público a los que se refiere dicho precepto".

(...)

1. 5. Formalidades que se deben cumplir para retirar del servicio a quien le sobrevenga una inhabilidad

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-509 de 1994 señaló el procedimiento que se debe surtir para retirar del servicio al servidor público que le sobreviene una inhabilidad, indicando:

"Estima la Corte que, desde luego, la insubsistencia o remoción del empleado o funcionario de la Rama Jurisdiccional, cuando se configure alguna de las causales de inhabilidad enumeradas en el artículo 3o. del Decreto 1888 de 1989, deberá estar precedido de la observancia del debido proceso a través del cual el inculpado previamente tendrá derecho como ocurre en los procesos disciplinarios, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra a fin de que pueda ejercer plenamente el derecho de defensa como lo determina el artículo 29 de la Constitución Política.

Se trata por tanto de respetar el debido proceso y la presunción de inocencia, con antelación al acto de insubsistencia, no pudiendo quedar sin efecto el nombramiento recaído en el funcionario o empleado de la Rama Jurisdiccional, sin que previamente se le haya comprobado plenamente que con respecto al mismo se ha configurado alguna de las causales consagradas en el artículo 3o. del Decreto 1888 de 1989, pues en el fondo de lo que se trata en el presente caso, no obstante lo deficiente de la redacción de la norma acusada es aplicar una sanción al servidor público de la Rama Jurisdiccional, a título de destitución por los motivos indicados, la cual debe estar revestida de las formalidades propias del juicio que garantice el derecho de defensa del inculpado.

*De esta manera, **el acto de insubsistencia requiere para su validez de la configuración del presupuesto descriptivo de la inhabilidad y de la comprobación por parte de la autoridad correspondiente, previamente a su expedición.***

Así mismo, el empleado o funcionario de la Rama Jurisdiccional a quien se le ha retirado del servicio por supuesta inhabilidad comprobada, tendrá derecho como reza la última parte de la disposición acusada, a ejercer las acciones contencioso-administrativas pertinentes contra la providencia respectiva para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara las decisiones adoptadas por los organismos o autoridades competentes, lo cual permite revisar las actuaciones y decisiones adoptadas en su contra, con la salvedad establecida en la sentencia No. C-417 de octubre 4 de 1993, proferida por esta Corporación, con ponencia del Magistrado Dr. Jose Gregorio Hernández Galindo, al decidir acerca de la exequibilidad del artículo 51 del mismo Decreto 1888 de 1989.

Por lo tanto, la norma demandada a juicio de la Corporación no viola el debido proceso ni la presunción de inocencia de que trata el artículo 29 de la Constitución Nacional, pues previamente a la declaratoria de insubsistencia, se le garantiza a quien se encuentra incurso en supuesta inhabilidad, la plena observancia de las formalidades propias del respectivo proceso y del derecho de defensa, que una

vez finalizado, conduzca a absolverlo de los cargos formulados en su contra o a la insubsistencia motivada, frente a las causales de que trata el precepto demandado. (Corte Constitucional, Sentencia C-509 de 1994) (...)"

De esta manera, recogiendo lo expuesto en el concepto citado en relación con la situación fáctica planteada en su consulta, esto es, unos docentes que estando nombrados en la carrera docente fueron condenados penalmente con la consecuente pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, nos encontraríamos ante una inhabilitación sobreviniente cuya consecuencia es la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de los servidores públicos. Así mismo, se resalta, que tal como lo expone el concepto citado, dicho acto administrativo deberá ser motivado y requiere para su validez de la configuración del presupuesto descriptivo de la inhabilitación y de la comprobación por parte de la autoridad correspondiente, previamente a su expedición.

El anterior concepto se da en los términos contemplados en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, *"Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*.

Atentamente,

INGRID CAROLINA SILVA RODRIGUEZ

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Folios: 1

Anexos: 0

Anexo: