



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil siete

(2007).-

Rad. No. 11001-03-06-000-2007-00098-00

Número interno 1.868

Referencia: PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

Requisitos para el ejercicio del cargo.

Certificado de antecedentes disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación.

Inhabilidades y prohibiciones para el desempeño de cargos públicos.

Casos de toma de posesión del empleo, asunción de un encargo o incorporación por modificación de la planta de personal.

El General Fredy Padilla de León, Comandante General de las Fuerzas Militares, en su calidad de Encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Defensa Nacional, formula a la Sala una consulta relacionada con el requisito de carencia de antecedentes judiciales y disciplinarios, previsto para el ejercicio de los empleos de la planta de personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

1. ANTECEDENTES

Luego de citar algunas normas, el General Padilla manifiesta:

“El personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, por disposición de la Ley 1033 de 2006¹, cuenta con un régimen de Carrera Especial para los empleados públicos civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, contenido hoy en el Decreto Ley 091 de 2007², que mantuvo vigente las disposiciones especiales contenidas en el Decreto Ley 1792 de 2000.

De conformidad con lo anteriormente indicado y por tratarse de una norma especial, en la actualidad se encuentra vigente el artículo 48 del Decreto Ley 1792 de 2000, según el cual, para tomar posesión de un cargo de la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional, se requiere acreditar, entre otros requisitos ‘No registrar antecedentes judiciales o disciplinarios’ (...).”

¹ Ley 1033 de 2006, artículo 1.

² Decreto Ley 091 de 2007, artículo 92.

2. INTERROGANTES

El consultante presenta a la Sala los siguientes interrogantes:

“1. Por efectos de la vigencia del artículo 48 del Decreto Ley 1792 de 2000, la existencia de un antecedente disciplinario, genera una inhabilidad para tomar posesión en los empleos de la Planta de Empleados Públicos del Ministerio de Defensa Nacional?”

2. Para efectos de la aplicación del artículo 48 del Decreto Ley 1792 de 2000, la expresión antecedentes disciplinarios se toma por el lapso de tiempo de cinco (05) años? O por el contrario debe verificarse la ausencia total de antecedentes disciplinarios, es decir por un período superior a los últimos cinco (05) años?”

3. Teniendo en cuenta que ante situaciones administrativas de personal que generan la vacancia temporal o definitiva de un empleo, procede la forma de provisión de los mismos, a través de la figura del encargo, respecto de la cual igualmente procede la posesión, por efectos del artículo 48 del decreto ley 1792 de 2000, se genera una inhabilidad sobreviniente?”

4. La inhabilidad que se genera por efectos de la aplicación del artículo 48 del Decreto Ley 1792 de 2000, se presenta igualmente en el caso de las incorporaciones por efectos de una modificación en la Planta de Personal?”

3. CONSIDERACIONES

3.1 Los requisitos para el ejercicio del empleo en la planta de personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

El decreto ley 91 del 17 de enero de 2007, “Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal”, establece que el Sector Defensa está integrado por el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como por sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas.

Su ámbito de aplicación comprende “a los empleados públicos civiles y no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como a los miembros de la Fuerza Pública que desempeñen sus funciones o ejerzan los empleos de que trata el presente decreto” (art. 3º).

Las disposiciones especiales del decreto ley 1792 de 2000, no modificadas por el decreto ley 91, conservan su vigencia, a la luz de lo establecido por el artículo 92 de éste, que preceptúa:

“Artículo 92.-Vigencia.- El presente decreto tiene vigencia a partir de la fecha de su publicación, ***deja vigentes las normas especiales contenidas en el Decreto Ley***

1792 de 2000 y demás normas concordantes y afines y en las disposiciones legales especiales de las entidades del Sector Defensa y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias” (Destaca la Sala).

Una de tales normas especiales del decreto ley 1792 de 2000, referente al régimen de administración de los servidores públicos civiles del Ministerio de Defensa Nacional, es el artículo 48, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 48.- Requisitos para el ejercicio del empleo.- Para tomar posesión en un cargo de la planta de personal del Ministerio de Defensa, será necesario que **la persona no se encuentre incurso en alguna de las inhabilidades contempladas en las normas vigentes y que presente o acredite, según el caso:**

1. Cédula de ciudadanía.
2. Declaración de Bienes y Rentas.
3. Documentos que acrediten los requisitos de experiencia y escolaridad establecidos en las normas vigentes, cuando el nombramiento no sea el resultado de un proceso de concurso de méritos.
4. Tarjeta profesional, en los casos exigidos por la ley para el ejercicio de una profesión, arte u oficio.
5. Tener definida la situación militar.
- 6. No registrar antecedentes judiciales o disciplinarios.**
7. La promesa de reserva de información suscrita.

Parágrafo.- Lo dispuesto en el presente artículo también será aplicable para vinculación de los supernumerarios”³.

Según se aprecia, esta norma exige como requisito para el ejercicio o desempeño de un cargo de la planta de personal civil del Ministerio de Defensa, esto es, para tomar posesión del mismo, que la persona no se encuentre incurso en alguna inhabilidad y que acredite que no registra antecedentes judiciales o disciplinarios.

La consulta indaga inicialmente, si la existencia de un antecedente disciplinario genera una inhabilidad para tomar posesión de los mencionados empleos.

3.2 Las inhabilidades para el desempeño de cargos públicos derivadas de antecedentes judiciales o disciplinarios.

El Código Penal, ley 599 de 2000, establece dentro de “las penas privativas de otros derechos” la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Al respecto, disponen los artículos 44, 45 y 51 lo siguiente:

³ El artículo 48 del decreto ley 1792 de 2000, fue declarado por la Corte Constitucional, en sentencia C-757 del 17 de julio de 2001, exequible por los cargos de presuntas irregularidades en la conformación e intervención de la comisión especial ordenada por el artículo 3° de la ley 578 de 2000, para asesorar al Gobierno en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por esa ley, y exceso en dicho ejercicio.

“Artículo 44.- La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.- La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas 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”.

“Artículo 45.- La pérdida del empleo o cargo público.- La pérdida del empleo o cargo público, además, **inhabilita** al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial”.

“Artículo 51.-Duración de las penas privativas de otros derechos.- La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá **una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3º del artículo 52⁴.**

Se excluyen de esta regla las penas impuestas a servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, en cuyo caso se aplicará el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política.

(...)” (Resalta la Sala).

Es de anotar desde ya, que el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política, consagra una inhabilitación permanente, al disponer que no podrán ser designados como servidores públicos, quienes hayan sido condenados “en cualquier tiempo” por delitos contra el patrimonio del Estado, como se verá más adelante.

Siguiendo con la materia penal, es preciso observar que solamente tienen la calidad de antecedentes penales las sentencias definitivas, conforme a la exigencia establecida por el artículo 248 de la Constitución, el cual preceptúa:

“Artículo 248.- Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales **en forma definitiva** tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”.

Para acreditar lo anterior debe exigirse entonces, el correspondiente certificado judicial expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS.

De otra parte, en los asuntos disciplinarios, la ley 734 del 5 de febrero de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único” dispone, en su artículo 25, que son destinatarios de dicha ley, los servidores públicos, aún los que estén retirados del servicio, de manera que dentro del amplio ámbito de aplicación de este Código se encuentra el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, el cual carece de fuero especial.

El artículo 44 del Código Disciplinario Único establece las clases de sanciones de acuerdo con la gravedad de la falta, así:

⁴ El inciso 3º del artículo 52 “Las penas accesorias”, del Código Penal prescribe:

“En todo caso la pena de prisión conllevará **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, sin exceder el máximo fijado en la Ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del artículo 51”.

Este inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-393 del 22 de mayo de 2002.

“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 gravísima⁵.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo **e inhabilidad especial** para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas⁶.
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 actuaciones⁷ (Resalta la Sala).

Esta norma se complementa con el artículo 45 del mismo Código, que precisa cada clase de inhabilidad, en la forma siguiente:

“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 carrera⁸.
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 determinar en el fallo disciplinario, con observancia de los límites fijados en el artículo 46 del Código que establece:

⁵ El numeral 1º fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C- 124 del 18 de febrero de 2003, ratificada por la sentencia C-028 del 26 de enero de 2006. La expresión “o realizadas con culpa gravísima” es exequible, según sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002.

⁶ El numeral 2º es exequible, sentencia C-124 del 18 de febrero de 2003 de la Corte Constitucional.

⁷ El parágrafo del artículo 44 es exequible, según sentencia C-948/02 de la Corte Constitucional.

⁸ El literal d) del artículo 45 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-028 del 26 de enero de 2006.

“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 permanente⁹.

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**¹⁰.
(...)” (Resalta la Sala).

Ahora bien, 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 sanción¹¹.
(...)” (Destaca la Sala).

De las normas anteriores se infiere que, en materia disciplinaria, la inhabilidad para el desempeño de un cargo público depende de la naturaleza de la sanción impuesta según la clase de falta cometida, así:

1) Si la condena tiene sustento en “la comisión dolosa”¹² de un delito que ha afectado el patrimonio económico del Estado, la inhabilidad tiene carácter permanente.

2) Si la sanción es de destitución por faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima, la inhabilidad es general o sea para ejercer cualquier cargo o función pública y depende del término que se le haya fijado en la providencia disciplinaria, el cual fluctúa entre diez (10) y veinte (20) años.

⁹ La expresión “pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente”, es exequible “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**”, señaló la Corte en la sentencia C-948/02 (Se refiere al art. 122 C.P. anterior al referendo, A.L. No. 1-2004). (Resalta la Sala el condicionamiento de la Corte).

¹⁰ En este inciso la parte después del punto y seguido es exequible, según sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002 de la Corte Constitucional.

¹¹ El numeral 2º del artículo 38 es exequible por el cargo examinado (violación del principio de favorabilidad), como lo declaró la Corte Constitucional mediante la sentencia C-544 del 24 de mayo de 2005, ratificada por la sentencia C-987 del 29 de noviembre de 2006.

¹² De acuerdo con la precisión hecha en la sentencia C-064 del 4 de febrero de 2003 de la Corte Constitucional.

3) Si la sanción es de suspensión por faltas graves dolosas o gravísimas culposas, la inhabilidad es especial y tendrá el término fijado en la providencia, el cual no puede ser inferior a treinta (30) días ni superior a doce (12) meses.

4) Si la persona ha sido sancionada tres (3) o más veces en los últimos cinco (5) años, por faltas graves o leves dolosas, tiene una inhabilidad para desempeñar cargos públicos de tres (3) años contados desde la ejecutoria de la última providencia disciplinaria.

En suma, al analizar los antecedentes disciplinarios de una persona que va a tomar posesión de un empleo de la planta de personal civil del Ministerio de Defensa, se debe observar si tiene o no inhabilidad para el desempeño de cargos públicos por faltas disciplinarias y para ello se debe verificar:

a) Que la inhabilidad se refiera a cualquiera de las hipótesis reseñadas atrás.

b) Que la sanción y la respectiva inhabilidad hayan sido decretadas mediante providencia que esté en firme.

c) Que la inhabilidad se encuentre vigente.

Si la inhabilidad está vigente, es claro que la persona no puede tomar posesión del cargo.

Si la inhabilidad no está vigente, la persona podría posesionarse en cuanto a este aspecto se refiere, pues se considera que carece de antecedentes disciplinarios siendo éste el sentido del requisito establecido por el numeral 6º del artículo 48 del decreto ley 1792 de 2000, el cual guarda concordancia con el penúltimo inciso del artículo 174 del Código Disciplinario Único, en el cual se dispone que en los certificados de antecedentes disciplinarios que expida la Procuraduría General de la Nación, se deben reseñar las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición **y las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.**

En este sentido, para la Sala es claro que el citado numeral 6º no crea por sí mismo una inhabilidad, sino que se refiere a las vigentes. Como se sabe las inhabilidades deben ser expresas y son de interpretación restrictiva, en cuanto limitan el derecho a acceder a los cargos públicos, de modo que no admiten analogía ni aplicaciones extensivas. Así las cosas, lo que el citado numeral establece es un requisito de acreditación, vía registro, como se ha explicado, no una inhabilidad nueva o adicional.

Todo lo anterior tiene su razón de ser en cuanto que si la persona ya ha cumplido el período de inhabilidad que se le fijó en la providencia disciplinaria, ello significa que la sanción accesoria se ha aplicado efectivamente y por lo tanto, no se encuentra jurídicamente inhabilitada para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, conforme al derecho fundamental que le reconoce el artículo 40-7 de la Carta.

Por lo general, las inhabilidades son de carácter temporal, como se ha visto y en consecuencia, una vez se han cumplido en el tiempo establecido, cesan en su efecto, de manera que a partir de este momento, la persona queda habilitada para ejercer un cargo en la administración.

Sin embargo, existen algunas inhabilidades intemporales o permanentes por razones tales como la importancia de algunos cargos del poder público frente a la comunidad, la grave conducta que dio lugar a la sanción, etc. . Una de tales inhabilidades intemporales, como se vió, es la derivada de un fallo condenatorio por la comisión dolosa de delitos contra el patrimonio económico del Estado, la cual es de rango constitucional (artículo 122 de la Carta) y se justifica por la naturaleza del bien jurídico tutelado.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-373 del 15 de mayo de 2002, señaló, siguiendo un pronunciamiento anterior: "... si bien la Constitución consagra determinadas **inhabilidades a perpetuidad**, como aquella que se origina en una condena por la comisión de un delito contra el erario público (art. 122), o las que se aplican para determinados cargos, como es el caso de los congresistas (art. 179-1), el Presidente de la República (art. 197), los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Nacional Electoral (arts. 232 y 264), el Fiscal General de la Nación (art. 249) o el Contralor General de la República (art. 267), no significa que el legislador carezca de facultades para establecer otras inhabilidades de carácter intemporal. La consagración de inhabilidades con una vigencia indefinida no viola la Constitución, siempre y cuando la medida adoptada se adecue a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y con ellas no se restrinjan ilegítimamente los derechos fundamentales de quienes aspiran a acceder a la función pública".

Adicionalmente a las inhabilidades mencionadas, es necesario también revisar si se presentan otras estipuladas específicamente para un cargo determinado o bien en disposiciones especiales, como por ejemplo, la mencionada en el inciso segundo del artículo 5º de la ley 190 de 1995, el llamado Estatuto Anticorrupción:

"Artículo 5º.- En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración **sin el cumplimiento de los requisitos** para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, **se procederá a solicitar su revocación o terminación**, según el caso, inmediatamente se advierta su infracción.

Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, **el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años**" (Resalta la Sala).

La Corte Constitucional declaró exequible este ultimo inciso en sentencia C-631 del 21 de noviembre de 1996, "bajo el entendido de que la inhabilidad allí prevista constituye una sanción accesoria que debe ser impuesta a través del correspondiente proceso penal o disciplinario".

3.3 Prohibiciones constitucionales.

Resulta oportuno anotar que además de las inhabilidades atrás reseñadas, también existen en la Constitución algunas prohibiciones expresas para realizar nombramientos o inscripciones para elecciones populares o suscripción de contratos, con personas incursas en situaciones específicas tipificadas en dichas normas.

Son de destacar las previstas en los artículos 122 y 126 de la Carta, así:

1) La señalada en la parte final del inciso quinto del artículo 122, que fue aprobada por el referendo del 25 de octubre de 2003, formalizada mediante el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1 de 2004, establece:

Artículo 122.- (...)

Inciso quinto: 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. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño**” (Resalta la Sala).

Con respecto al texto anterior, es bueno recordar que la Corte Constitucional se ha pronunciado a favor de su exequibilidad, en dos oportunidades.¹³

2) La prohibición establecida en el artículo 126 superior, que pretende subsanar el fenómeno del nepotismo y que dice:

“Artículo 126.- Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos”.

3.4 El certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la Procuraduría General de la Nación.

En cuanto se refiere a los certificados de antecedentes disciplinarios que expide la Procuraduría General de la Nación, el artículo 174 del Código Disciplinario Único dispone lo siguiente:

“Artículo 174.- Registro de sanciones.- Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos

¹³ Ver sentencias C-551 de 2003 y C-973 de 2004.

con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, **para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.**

(...)

La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.

Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro” (Destaca la Sala).

Resulta oportuno indicar que en relación con **el último inciso** de la norma transcrita, la Corte Constitucional lo declaró condicionalmente exequible, mediante **la sentencia C-1066 del 3 de diciembre de 2002**, “en el entendido de que sólo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento”.

En una de las conclusiones de dicha sentencia, aplicable a la presente consulta, expresó:

“... En síntesis podemos afirmar que la certificación de antecedentes debe contener las providencias ejecutoriadas que hayan impuesto sanciones dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición, aunque la duración de las mismas sea inferior o instantánea. También contendrá las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes al momento en que ella se expida, aunque hayan transcurrido mas de cinco (5) años o **sean inhabilidades intemporales como, por ejemplo, la prevista en el Art. 122 de la Constitución Política**”.

En consecuencia, es procedente solicitar a la Procuraduría General de la Nación la expedición del certificado de antecedentes disciplinarios tanto por el inciso tercero como por el último inciso del artículo 174, en éste caso con el alcance señalado por la Corte Constitucional. Alcance que obviamente ha de entenderse en el sentido de incluir dentro de las inhabilidades vigentes para el caso de los empleos que requieran ausencia total de antecedentes, todos aquellos antecedentes que impidan el acceso a ese tipo de cargos.

3.5 Las inhabilidades derivadas de antecedentes disciplinarios y la posesión en calidad de encargado.

Se pregunta también en la consulta si por efectos del artículo 48 del decreto ley 1792 de 2000, al momento de la posesión de un empleado en calidad de encargado, se genera una inhabilidad sobreviniente.

El artículo 37 del Código Disciplinario Único define 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 (sic) 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 “ (Resalta la Sala).

Como se aprecia, el presente artículo no excluye la situación administrativa del encargo; por tanto sobre un empleado que va a posesionarse como encargado, puede recaer una inhabilidad sobreviniente, si aparece en el certificado de antecedentes disciplinarios, por una falta cometida en un cargo distinto al que está ejerciendo y en consecuencia, no es posible darle posesión del encargo.

En cuanto a los efectos del artículo 48 del Decreto ley 1792 de 2000, atrás se dijo que el numeral 6 de dicho artículo no crea una inhabilidad, sino que se refiere a las vigentes; este mismo criterio es válido para la posesión en encargo.

3.6 Las inhabilidades derivadas de antecedentes disciplinarios y la incorporación por modificación de la planta de personal.

Por último, se pregunta si la inhabilidad que se genera por efectos de la aplicación del artículo 48 del decreto ley 1792 de 2000, se presenta en el caso de incorporaciones por modificación de la planta de personal.

Cuando se efectúan modificaciones de la planta de personal de una entidad pública, los funcionarios que permanecen en ella deben ser incorporados a la misma y tomar posesión de los nuevos cargos.

Sobre esta circunstancia de la función pública, el decreto ley 1042 del 7 de junio de 1978, “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”, establece en el artículo 81 lo siguiente:

“Artículo 81.- Del movimiento de personal con ocasión de las reformas en las plantas.- Siempre que se reforme total o parcialmente la planta de personal de un organismo, la incorporación de sus empleados a los nuevos cargos establecidos en ella se sujetará a las siguientes reglas:

1ª) **No será necesario el cumplimiento de requisito distinto al de la firma del acta de posesión:**

(...)

2ª) La incorporación se considerará como nuevo nombramiento o como ascenso – según se trate de empleados de libre nombramiento y remoción o de empleados de carrera, respectivamente– y deberá estar precedida en todo caso de la comprobación del lleno de los requisitos exigidos para el ejercicio del nuevo cargo:

(...)

La incorporación no implica solución de continuidad en el servicio para ningún efecto legal. En ningún caso la incorporación podrá implicar desmejoramiento en las condiciones laborales y salariales de los funcionarios que ocupaban empleos de la planta anterior".

Atendiendo la literalidad de la norma transcrita, se advierte que la incorporación implica una nueva posesión del servidor público y para ello debe presentar un certificado actualizado de antecedentes disciplinarios, de manera que si allí aparece una inhabilidad vigente por una falta disciplinaria, es claro que no es posible incorporarlo al nuevo cargo y no se le puede dar posesión en el mismo.

En cuanto a los efectos del numeral 6 del artículo 48, la Sala se remite a lo expresado en el punto anterior.

LA SALA RESPONDE

1. La existencia de un antecedente judicial o disciplinario impide tomar posesión de un cargo en la planta de personal civil del Ministerio de Defensa Nacional:

a) Si mediante sentencia judicial ejecutoriada, se ha impuesto a la persona la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y ésta se encuentra vigente.

b) Si hay condena penal sustentada en la comisión dolosa de un delito contra el patrimonio económico del Estado porque esa inhabilidad es permanente.

c) Si la falta disciplinaria dio lugar a la imposición de sanciones de destitución o suspensión, con la respectiva inhabilidad, general o especial, para desempeñar cargos públicos y tal inhabilidad, 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**, se encuentra vigente.

d) De igual manera, la persona no puede ser nombrada, y por tanto, no le es posible posesionarse, si existe una prohibición constitucional o legal para ello, tal como lo establecen los artículos 122 último inciso, y 126 de la Carta.

El numeral 6º del artículo 48 del Decreto ley 1792 de 2000, por sí mismo, **no** crea una inhabilidad legal para acceder a los cargos de la planta de personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

2. La expresión "antecedentes disciplinarios" señalada por el numeral 6 del artículo 48 del decreto ley 1792 de 2000, se refiere al lapso de los cinco (5) años anteriores a la expedición del certificado de la Procuraduría General de la Nación. Cuando para el empleo específico se exija la carencia total de antecedentes o sanciones, el certificado deberá contener las inhabilidades vigentes, en la forma indicada en este concepto.

3 y 4 En las situaciones administrativas de encargo o de incorporación, el designado puede estar incurso en una inhabilidad que le impide posesionarse.

El numeral 6 del artículo 48 del Decreto ley 1792 de 2000, no crea una inhabilidad nueva, sino que se refiere a las vigentes, de acuerdo con lo expresado en este concepto

Transcríbase al señor Ministro de Defensa Nacional. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Ausente con permiso

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

TATIANA ORJUELA VEGA
Secretaria de la Sala