



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000188031

Fecha: 09/11/2015 05:22:25 p.m.

Bogotá D.C.

Doctora
GLORIA MARIA CASTAÑO VARGAS
Calle 84 C No. 45 D – 65 casa 5
Barranquilla - Atlántico

REF. REMUNERACION.- Salarios y prestaciones sociales en caso de detención preventiva durante proceso penal. **RAD.** 2015-206-016036-2 del 3 de septiembre de 2015.

Respetada doctora, reciba un cordial saludo.

En atención a la consulta de la referencia, me permito dar respuesta a partir del estudio del siguiente planteamiento jurídico:

PLANTEAMIENTO JURIDICO

¿Es viable el reconocimiento y pago de elementos salariales y prestaciones de un empleado público que con ocasión de un proceso penal adelantado en su contra, se encuentra privado de la libertad sin posibilidad de ejercer su actividad laboral?

¿Es procedente que el concejo municipal encargue de las funciones del empleo a otro servidor público aun en el caso que no se evidencia suspensión en el ejercicio del cargo de su titular?

¿El concejo municipal al encargar de las funciones de la contraloría a un empleado público de la entidad vulneró derechos fundamentales?

FUENTES FORMALES Y ANALISIS

Con el objeto de abordar el tema sometido a estudio, es necesario atender lo indicado en la Ley 906 de 2004, el Decreto 1737 de 2009, el Decreto 1647 de 1967, la Ley 136 de 1994, Decreto 188 de 2004; así como Sentencias de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, pertinentes al tema objeto de su consulta.

ANALISIS

1.- En atención a la primera parte de su consulta, referente a establecer si procede el reconocimiento y pago de elementos salariales y prestacionales de un empleado público que con ocasión de un proceso penal adelantado en su contra, se encuentra privado de la libertad sin posibilidad de ejercer su actividad laboral, me permito indicar lo siguiente:

En primera instancia es importante señalar que la privación de la libertad es una medida que se da en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, que señala:

*"TITULO PRELIMINAR.
PRINCIPIOS RECTORES Y GARANTIAS PROCESALES.*

(...)

ARTÍCULO 2o. LIBERTAD. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.

En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes." (Subrayado fuera texto)

En ese sentido, es claro que debe mediar la intervención de una autoridad judicial competente para que ordene la restricción de la libertad o legalice la aprehensión en los casos en que proceda la detención preventiva sin orden judicial (Artículo 300 del C.P.P.) como el caso de la flagrancia. En este último caso, el capturado será puesto a disposición del juez de control de garantías inmediatamente a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas, para que en audiencia resuelva lo pertinente.

Por lo tanto, se considera necesario que la Administración solicite una copia ante la autoridad competente de la providencia mediante la cual se impuso la medida de aseguramiento, para conocer exactamente los términos en los cuales se dictó la decisión.

Con respecto a la viabilidad de efectuar el pago de salarios de los días en los cuales el servidor se ha encontrado cobijado con medida de aseguramiento, es importante indicar que mediante el Decreto 1737 del 15 de mayo de 2009, el Gobierno Nacional señaló la imposibilidad de que se puedan realizar pagos por servicios no prestados al disponer lo siguiente:

"ARTÍCULO 1º, El pago de la remuneración a los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la nómina por parte de la autoridad competente al interior de cada uno de los organismos o entidades.

ARTÍCULO 2º. *El jefe inmediato deberá reportar al jefe de personal, o a quien haga sus veces, la inasistencia a laborar del personal a su cargo. La ausencia de este reporte será sancionada de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002.*

El servidor público que no concurra a laborar, dentro de los dos días hábiles siguientes deberá informar a la dependencia de talento humano o a la que haga sus veces, los motivos que ocasionaron su ausencia. Cuando los motivos no constituyan justa causa de conformidad con las normas legales o no se justifique la inasistencia, el funcionario responsable de ordenar el gasto deberá descontar el día o los días no laborados. El descuento se hará sin perjuicio de las actuaciones que se deriven del incumplimiento de los deberes inherentes a la condición de servidores públicos, previsto en la normatividad vigente".

Esta norma reitera lo señalado en el Decreto 1647 del 5 de septiembre de 1967, que establecía que los pagos por sueldos a los servidores del Estado serán por servicios rendidos, y los funcionarios encargados de certificar los servicios rendidos por los empleados públicos y trabajadores oficiales estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

Frente al tema de descuento de días dejados de laborar sin justa causa, la Corte Constitucional en la sentencia T-1059 del 05 de octubre de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentarías, afirmó:

"(...) La remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales, en razón a un vínculo legal y reglamentario existente entre éste y el Estado, presupone el correlativo deber de prestar efectivamente el servicio, de acuerdo a las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del personal al servicio del Estado. Por lo tanto, no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y por ende, tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos. De hacerlo se incurriría en presuntas responsabilidades penales y disciplinarias, procediendo el descuento o reintegro de las sumas canceladas por servicios no rendidos, por resultar contrario a derecho.

Operativamente el pago del salario a los servidores públicos se realiza a través de una nómina suscrita por los funcionarios competentes en cada entidad y acorde a lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1647 de 1967, debe el funcionario a quien corresponda certificar que los servicios se prestaron efectivamente, producir y comunicar la novedad relacionada con la ausencia y por ende el descuento por días no laborados sin justificación legal. Pues, no existe causa legal para su pago.

En el Decreto aludido, no se observa la exigencia de formalidad sustancial o procedimiento especial para aplicar el descuento o no pago que procede ipso jure, cuandoquiera que un servidor público no presta el servicio a que se encuentra obligado sin justificación de ley.(...)"

La Corte Constitucional ha señalado que resulta improcedente reconocer y pagar salarios por servicios no prestados efectivamente a la Entidad sin justificación legal, toda vez que ello implicaría permitir un enriquecimiento sin causa a favor del servidor, en detrimento de la administración pública (Sentencias T -927 del 10 de octubre de 2003 y T -331 A del 2 de mayo de 2006).

Teniendo en cuenta lo anterior, en criterio de esta Dirección no es posible el pago de salarios y prestaciones sociales del empleado durante el tiempo en el que no ejerce su empleo en razón a que se encuentra privado de la libertad. Por consiguiente, como quiera que no se está prestando el servicio no habrá lugar al pago de salario, por cuanto, se reitera, éste se percibe por la prestación efectiva del mismo.

Es importante tener en cuenta que el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, mediante sentencia del 25 de enero de 2007, expresó:

"(...) "La suspensión administrativa

Debe distinguirse la suspensión administrativa que adopta la autoridad nominadora en ejercicio de sus propias facultades en el campo disciplinario, de la que adopta en acatamiento de orden judicial frente a la cual carece de poder decisorio.

La Administración suspendió al demandante, del cargo que desempeñaba, por solicitud de la Justicia Penal que le había decretado auto de detención dentro de la investigación que le adelantaba por conductas presuntamente punibles, en ejercicio de sus funciones como empleado público. Igual ocurrió con la reincorporación del actor al empleo, la cual tuvo como fundamento la decisión del mismo órgano judicial que precluyó la investigación.

El acto de suspensión es esencialmente motivado. La Corporación ha reiterado, entre otras, en la sentencia de 6 de marzo de 1997, expediente 12.310, con Ponencia del Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, dicho acto que contiene una condición resolutoria (numeral 4 del artículo 66 del C.C.A.) que consiste en el futuro incierto del proceso; y que el derecho a la remuneración se encuentra sometido a una condición suspensiva que consiste en el mismo proceso penal, de suerte que el hecho de la suspensión no se puede convertir en un fenómeno extintivo de los derechos del empleado favorecido, cuando la condición resolutoria que pesaba sobre el acto desaparece retroactivamente, desde la fecha de la suspensión, quedando sin sustento el acto que impuso la suspensión del derecho a percibir los emolumentos económicos así no se haya prestado el servicio.

El levantamiento de la suspensión - Efectos

En el momento en que la medida judicial se levante, decisión que la autoridad judicial debe comunicar a la respectiva autoridad administrativa, cesan los efectos de la suspensión.

Ahora en eventos como el de autos, en el que el funcionario suspendido no fue condenado, debe ser restablecido en la totalidad de los derechos de los cuales se vio privado durante dicha etapa, retrotrayéndose la situación al momento en que fue suspendido del cargo, es decir como si nunca hubiera sido separado del servicio, y por ende tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales durante el tiempo que cesó en el ejercicio de sus funciones; es decir como si el trabajador efectivamente hubiera prestado el servicio por efectos de la función legal. En otras palabras vuelven las cosas al estado anterior, Jurisprudencia.

Desde el mismo momento en que se revoca la medida adoptada por la justicia penal, queda sin sustento legal la suspensión administrativa del actor en el cargo y sin efecto la suspensión del derecho a percibir los emolumentos económicos que se derivan de la relación laboral por el lapso de la suspensión.

Con el levantamiento de la medida penal las cosas se retrotraen al estado anterior, como si nunca se hubiera expedido el acto de suspensión, de manera que así como se dispuso el reintegro del actor al servicio debieron reconocérsele los derechos salariales y prestacionales, por tal periodo.

En cuanto al restablecimiento del derecho de carácter laboral, la Entidad a la cual estaba vinculado el actor es la que debe asumir tal carga como consecuencia de que por la orden judicial se retrotrae la situación al estado anterior, como si el funcionario jamás hubiera sido separado del servicio, lo que explica la obligación de pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir. Otra cosa es que el nominador pueda repetir contra la Fiscalía General de la Nación en obediencia de cuyo mandato se profirió el acto de suspensión.

*Como sustento adicional de esta tesis se recuerda que en los casos de suspensión disciplinaria **el pago de las acreencias laborales le corresponde al nominador aunque la orden haya sido proferida en acatamiento de lo dispuesto por la Procuraduría General de la Nación.***

Finalmente advierte la Sala que de subsistir alguna duda deben aplicarse los principios fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Nacional conforme a los cuales debe acudir a la situación más favorable al trabajador en caso de duda en aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho." (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso N° 17576 de 2001, expresó lo siguiente sobre la suspensión en el ejercicio de las funciones por medidas del orden penal:

"5.1.- ¿Cuándo se suspende?

Cuando la autoridad judicial lo solicita, o cuando se ha creado la vacancia por la captura inmediata del funcionario o empleado.

5.2.- ¿Qué tipo de vacancia se produce?

Vacante temporal.

5.3.- ¿Cómo se llena la vacante?

Por nombramiento provisional o el encargo que corresponda.

5.4.- ¿Cuándo se reintegra?

Cuando la autoridad nominadora lo disponga. En todo caso, nunca antes de ser levantada por la autoridad judicial la orden de suspensión, por desaparecimiento de la necesidad de mantenerla.

5.5.- ¿Cuándo se le reintegran los dineros dejados de percibir durante la suspensión y se declara que no hubo solución de continuidad en el servicio?

Cuando se dicte en favor del suspendido preclusión de la instrucción, cesación de procedimiento o se le absuelva.

(...)"

De acuerdo con lo anterior, se concluye que si la autoridad judicial solicitó la suspensión de la relación laboral o en el caso que se produzca la vacancia por la captura inmediata del funcionario o empleado, se genera automáticamente una vacancia temporal en el empleo del cual es titular, y en razón a que no se está prestando el servicio no habrá lugar al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.

Como quiera que en el caso consultado, se profirió orden de captura del empleado, se considera que se produce una vacante temporal en el cargo, en ese sentido y como quiera que según su escrito el Juez Segundo Penal del Circuito de Soledad no concede el beneficio laboral, además el empleado no presta el servicio, en consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, no hay lugar al reconocimiento y pago de salarios a favor del empleado procesado.

2.- En atención a la segunda parte de su consulta, respecto de la procedencia para que el concejo municipal haya encargado de las funciones de la contraloría a un empleado de la citada entidad, me permito indicar que acorde con la anterior respuesta, se considera que atendiendo los criterios esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia en el proceso arriba referenciado, si la autoridad judicial solicitó la suspensión de la relación laboral o en el caso que se produzca la vacancia por la captura inmediata del funcionario o empleado, se genera automáticamente una vacancia temporal en el empleo del cual es titular.

Como quiera que en el caso consultado, se profiriera orden de captura del empleado, se considera que se produce una vacante temporal en el cargo, en ese sentido y como quiera que según el inciso segundo del artículo 161 de la Ley 136 de 1994 señala que "*Las faltas temporales serán provistas en la forma que establezca el Concejo al momento de organizar la Contraloría...*", se considera procedente que con el fin de cubrir la vacante temporal de un contralor municipal, se acuda a lo contemplado para tal fin en el reglamento elaborado por el concejo municipal.

3.- En atención a su interrogante, referente a establecer si el Concejo Municipal de Soledad al encargar como contralor municipal a un empleado de la entidad vulneró derechos fundamentales del contralor privado de la libertad, me permito indicar que las competencias asignadas a este Departamento se encuentran contenidas en el Decreto 188 de 2004 y las demás que lo modifican, las cuales no lo facultan para pronunciarse respecto de la calificación de las actuaciones de las autoridades administrativas, dicha competencia ha sido asignada a los Jueces de la República, en consecuencia no es procedente realizar un pronunciamiento frente al particular.

Cualquier aclaración adicional, se sugiere consultarla con la autoridad penal competente.

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

Harold Herreño/ JFCA/GCJ-601
600.4.8