



Concepto 227161 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000227161

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000227161

Fecha: 08/06/2023 03:13:15 p.m.

Bogotá D.C.

REF: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Suspensión en el ejercicio del cargo. Decisión judicial de privación de la libertad de un empleado público. RAD. 20232060302062 del 24 de mayo de 2023.

En la comunicación de la referencia, consulta lo siguiente:

Cuando un servidor público ha sido privado de la libertad por orden de autoridad judicial competente, sin que exista orden de suspensión en el ejercicio del empleo, ¿es procedente que la entidad declare la vacancia temporal del empleo mientras que la situación jurídica del servidor público se resuelve? En caso que la entidad pública deba declarar la vacancia temporal del empleo, con base en las circunstancias expuestas, ¿qué soporte legal tiene para proceder de tal manera?

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad con el Decreto 430 de 2016, “*Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública*”, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Por lo expuesto, no es de competencia del Departamento intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías en relación con los actos administrativos expedidos al interior de las entidades por cuanto, pues dicha competencia se encuentra atribuida a los jueces de la República.

Sea lo primero 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 se 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.)

Ahora bien, 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, retro trayéndose 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» (Subrayado y negrita fuera del 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?

C"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.

6.- La precisa situación administrativa de suspensión por medida penal, exige así mismo un análisis desde la perspectiva de la actuación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad penal, por ser de ésta de la que debe provenir la orden de suspensión.

Desde esa óptica, es a esa autoridad judicial a la que le corresponde el estudio de los requisitos formales y sustanciales de la medida penal y el de disponer la suspensión del funcionario o empleado de la Rama Judicial que sea sujeto pasivo de la misma. El artículo 359 del Código de Procedimiento Penal (399 anterior) establece como regla general de trámite que la suspensión procede cuando se haya impuesto medida de aseguramiento. Allí se obliga a que *"en la misma providencia se solicitará a la autoridad respectiva que proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo"* y que de no hacerse dentro de los 5 días siguientes, se dispondrá la captura del sindicado. Así entonces, son claras las siguientes conclusiones:

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

6.1.- La suspensión tiene un único propósito desde el punto de vista penal: Hacer efectiva la medida de aseguramiento.

6.2.- La solicitud de la suspensión tiene un único propósito desde el punto de vista administrativo: Evitar la perturbación de la buena marcha de la administración. Si el funcionario judicial hizo la solicitud es porque a su juicio la privación inmediata de la libertad del funcionario o empleado puede afectar el normal desarrollo del servicio público al que pertenezca.

6.3.- Si no se atiende la solicitud de suspensión, la responsabilidad por la perturbación de la buena marcha de la administración será única y exclusivamente de la autoridad administrativa. Pues en todo caso después de 5 días de haberse realizado la solicitud se debe disponer la captura del asegurado.

8.- El texto del artículo 359 del Código de Procedimiento Penal enseña que el propósito de la suspensión del servidor público es hacer efectiva la medida de aseguramiento. Que esa suspensión surja por la solicitud anterior a la captura o por efecto automático de ésta, es problema que la ley defiere al juicio de la autoridad judicial que es la autorizada para estimar si es necesaria aquella o se puede disponer la captura de manera inmediata sin afectar el servicio público.[...]¹(Negrita y subrayado fuera del texto).

[...]»

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.

Una vez que, por orden judicial, se solicite al empleador la suspensión en el ejercicio del cargo, de conformidad con el Decreto 1083 2015, *"por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"*, podrá expedirse un acto administrativo en el cual se suspenda al empleado, produciéndose una vacancia temporal en el mismo conforme lo establece el artículo 2.2.5.2.2 del citado Decreto, al establecer:

"ARTÍCULO 2.2.5.2.2 Vacancia temporal. El empleado queda vacante temporalmente cuando su titular se encuentra en una de las siguientes situaciones:

Vacaciones. Licencia. Permiso remunerado. Comisión, salvo en la de servicios al interior. Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular. Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial. Período de prueba en otro empleo de carrera. Descanso compensado" (Se subraya).

A su vez, el Artículo 2.2.5.5.1 del mencionado Decreto señala:

ARTÍCULO 2.2.5.5.1 Situaciones administrativas. El empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas:

En servicio activo. En licencia. En permiso.

En comisión. En ejercicio de funciones de otro empleo por encargo. Suspendido o separado en el ejercicio de sus funciones. En periodo de prueba en empleos de carrera. En vacaciones. Descanso compensado.”

Se considera pertinente efectuar un análisis sobre la causal de vacante y situación administrativa, por suspensión en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial. Debe señalarse que la entidad en la que se encuentra vinculado el empleado, con base en una decisión disciplinaria, fiscal o judicial, declara suspendido a un empleado público, sea de manera provisional (mientras se emite un fallo) o por imposición de la sanción de suspensión.

La dificultad aparece cuando el juez, como en el caso consultado, al haber privado de la libertad a un servidor público, no se pronuncia sobre la suspensión en el ejercicio de su cargo. Si bien la administración puede solicitar al juez penal que aclare esta situación, lo cierto es que debe actuar con base en las herramientas que la legislación ha previsto para situaciones semejantes. Sobra señalar que no es viable para la administración permitir que la situación permanezca en un estado “indefinido”, pues se podrían generar mayores inconvenientes legales y judiciales tanto para la entidad como para el empleado.

En primer lugar, debe analizar la entidad en qué situación administrativa se encuentra el servidor, máxime considerando que cada una de las situaciones administrativas en las que se puede encontrar, supone la emisión de un acto administrativo que la conceda o reconozca.

Es claro que el empleado público privado de la libertad como consecuencia de una decisión judicial, no se encuentra en servicio activo, ni en licencia, permiso, comisión, en encargo, en período de prueba, en vacaciones o en descanso compensado. También lo es que las entidades no pueden crear una situación administrativa diferente a las señaladas en la legislación.

Así las cosas, la única situación administrativa en la que puede encontrarse el empleado privado de la libertad, es la contenida en el numeral 6° del artículo 2.2.5.5.1. del Decreto 1083 de 2015, vale decir, “*Suspendido o separado en el ejercicio de sus funciones*”.

Ahora bien, se hace notar que la norma indica que el empleado puede estar suspendido o separado de sus funciones.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección considera que la administración puede expedir un acto administrativo mediante el cual se declare al empleado público, separado de sus funciones, motivando el mismo con la decisión judicial que ordenó privar de la libertad al servidor, la imposibilidad de reconocer y pagar los salarios y prestaciones mientras subsista la medida y los demás elementos que la administración considere pertinente incluir en el acto administrativo.

No sobra señalar que, en caso que la justicia absuelva al empleado de cualquier cargo, la administración deberá reconocer los salarios y prestaciones dejados de percibir mientras estuvo privado de la libertad.

En caso 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”: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestornormativo>, 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 y aprobó Armando López Cortés

11602.8.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Proceso N° 17576 De 2001 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Fecha y hora de creación: 2024-07-06 13:01:16