

Línea Jurisprudencial “Retiro del Servicio por Orden o Decisión Judicial”

Función Pública
Dirección Jurídica

Julio 2017

LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL
BUSCA IDENTIFICAR LAS
SENTENCIAS HITOS PROFERIDAS
POR LAS ALTAS CORTES Y LAS
DIFERENTES POSICIONES QUE SE
HAN ADOPTADO, AGRUPADAS
EN TORNO A PROBLEMAS
JURÍDICOS BIEN DEFINIDOS.

Agenda o Contenido

1 Evolución Normativa

2 Desarrollo Jurisprudencial

3 Corte Constitucional

4 Consejo de Estado

5 Conclusiones Generales

1

Evolución Normativa

- ❖ Retiro del Servicio Causal de Retiro por Orden o Decisión Judicial
- ❖ Régimen Normativo de Retiro del Servicio

Ley 909 de 2004

Esta Ley en su artículo 41, de manera taxativa define cuáles son las causales de retiro del servicio tanto de empleados de libre nombramiento y remoción como de carrera.

Decreto 1083 de 2015

- Este decreto compiló y racionalizó las normas de carácter reglamentario, así como reguló íntegramente las materias contempladas en él.

En el título 11, en su artículo 2.2.11.1.1 estableció las causales de retiro del servicio, manteniendo las mismas disposiciones del Artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Actualmente cuando hablamos de Retiro del Servicio, deberemos tener como bases lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015.

2

DESARROLLO

JURISPRUDENCIAL

Retiro del Servicio por orden o decisión judicial

- Corte Constitucional
- Consejo de Estado

3

CORTE CONSTITUCIONAL

Jurisprudencia desde el 2002 hasta el 2017

Limitaciones y Obligaciones al Nominador para declarar el retiro del Servicio del Servidor Público por orden o decisión judicial

Requisitos:

- ❖ **1.** Como primer requisito, la Corte a través de las **sentencias T-982 de 2004, T-331 de 2007 y C-289 de 2012** reúne los criterios sentados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, y dispone que no es procedente decretar de plano la insubsistencia de un funcionario de la Rama Judicial por haber sido afectado con una medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a excarcelación, ya que corresponde al nominador con sujeción a los principios de inmediatez, objetividad y proporcionalidad determinar mediante un procedimiento administrativo si hay lugar o no a su declaratoria. Procede en ese caso la suspensión provisional del funcionario con fundamento en la orden de una autoridad judicial o disciplinaria. Con lo anterior se vislumbra la limitación impuesta al nominador que desee declarar la insubsistencia de un Funcionario Público que haya sido afectado con una medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad, ya que previo a decretarla, procede en estos casos la suspensión provisional del funcionario hasta tanto no se tenga como fundamento una orden concreta de una autoridad judicial o disciplinaria.

- En ese sentido, es obligación del nominador realizar un juicio u operación intelectual consistente en comparar el alcance, procedencia y justificación para cada caso en concreto de los citados instrumentos administrativos. Si bien la decisión de retiro del servicio soportada en la declaratoria de una medida de aseguramiento del funcionario esté fundamentada y razonada en soportes legales, incumple con la carga de proporcionalidad que se exige en el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración, ello por cuanto el mismo efecto jurídico que se pretendía a través de la declaratoria de insubsistencia puede obtenerse a través de la suspensión administrativa en el ejercicio del empleo, resultando esta última alternativa menos lesiva frente a derechos que gozan de un mayor valor constitucional, tales como los derechos al trabajo, al acceso y permanencia en el desempeño de funciones y cargos públicos, al mínimo vital y a la vida digna.
- ❖ 2. Como segunda medida la Corte Constitucional, a través de la sentencia, **T-525 de 2006**, aduce que, para hacer uso de la causal de retiro del servicio por orden o decisión judicial, se hace necesario que medie una orden judicial clara en ese sentido, en la cual el funcionario declarado insubsistente haga parte procesal de dicha decisión, para que sea legítimo el retiro del servicio. No serán válidas las propias interpretaciones que haga el nominador de la sentencia ni que se extienda sus efectos a sujetos que no hagan parte procesal de dicha decisión.

- ❖ 3. Por último, en la **sentencia C-421 de 2002**, estudia la Corte la exequibilidad de un apartado contenido en el Decreto 1791 de 2000 “por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la policía nacional”, en el artículo 66 alusivo a la “separación absoluta del servicio”, se tiene que el “ personal que sea condenado por sentencia ejecutoriada a la pena principal de prisión o arresto, por la justicia penal militar o por la ordinaria, por delitos dolosos, será separado en forma absoluta de la policía nacional y no podrá volver a pertenecer a la misma”. Frente a este apartado, realiza la Corte una diferenciación entre los funcionarios de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, declarando exequible el arresto por delitos dolosos como causal de separación de la carrera en la Policía Nacional y no hacer lo correspondiente en el caso de los funcionarios de las Fuerzas Militares. Lo anterior radica en la necesidad de exigir una mayor pulcritud en el comportamiento de los miembros de la policía, dada su misión relacionada con el mantenimiento, entre la sociedad civil, de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos fundamentales y la convivencia pacífica. Es así como en el caso específico de los funcionarios de la Policía Nacional sí se permite la separación definitiva del servicio cuando el personal sea condenado por sentencia ejecutoriada a la pena principal de prisión o arresto, por la justicia penal militar o por la ordinaria, por delitos dolosos. Diferente a lo que ocurre con los funcionarios de las Fuerzas Militares.

- Las anteriores sentencias analizadas disponen de la posibilidad de limitar la facultad del nominador para retirar del servicio a los servidores públicos por la causal de orden o decisión judicial, facultad frente a la cual debe mediar orden o sentencia ejecutoriada de una autoridad judicial o disciplinaria que condene al funcionario a pena privativa de la libertad por delitos dolosos. En los casos de declaratoria de medidas de aseguramiento, procede primeramente la suspensión del funcionario, hasta tanto no se compruebe sentencia, orden o decisión judicial inequívoca en tal sentido en la cual el funcionario sea parte procesal.

Cuadro Ilustrativo y Cuadro de Evolución Cronológica Retiro por Pensión de Vejez

Sentencia	Contenido	Comentario
C-421 de 2002	<p>En este sentido la Corporación constata que con la disposición acusada el legislador, partiendo de las formulaciones constitucionales, tomó en cuenta el carácter civil del personal de policía y que la finalidad que persigue al incluir el arresto por delitos dolosos como causal de separación de la carrera en la Policía Nacional y no hacer lo mismo en las Fuerzas Militares, radica en la necesidad de exigir una mayor pulcritud en el comportamiento de los miembros de la policía dada su misión relacionada con el mantenimiento, entre la sociedad civil, de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos fundamentales y la convivencia pacífica. (C.P art. 218). Al respecto debe tomarse en cuenta que la labor de la Policía es esencialmente preventiva e implica un contacto más directo con la ciudadanía, lo que obliga a extremar las medidas tendientes a proteger a la población civil.</p> <p>Así mismo no escapa a la Corte la voluntad del Legislador extraordinario de hacer más exigentes los requisitos de permanencia en la Policía Nacional en el marco de la política de moralización de la institución, sometida en los últimos años a un complejo proceso de reestructuración, dentro del que figuran como unos de sus principales derroteros los de rescatar la credibilidad de la ciudadanía en la institución y fortalecer el compromiso ético de sus miembros La expresión que se impugna atiende entonces a una evidente voluntad del legislador extraordinario de fortalecer y consolidar el proceso de modernización de una de las instituciones más importantes para el mantenimiento de la convivencia y la garantía del libre ejercicio de los derechos y libertades públicas que no puede ser desconocida por esta Corporación.</p>	<p>Se hace la diferenciación entre los funcionarios de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, declarando la Corte exequible el arresto por delitos dolosos como causal de separación de la carrera en la Policía Nacional y no hacer lo mismo en las Fuerzas Militares. Lo anterior radica en la necesidad de exigir una mayor pulcritud en el comportamiento de los miembros de la policía dada su misión relacionada con el mantenimiento, entre la sociedad civil, de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos fundamentales y la convivencia pacífica.</p>
T-982 de 2004	<p>La Corte concluye que la atribución reconocida al nominador para declarar insubsistente al funcionario que sea sometido a medida de aseguramiento de detención preventiva sin libertad provisional, no desconoce el principio de presunción de inocencia previsto en el artículo 29 de la Carta Fundamental, pues su finalidad lejos de comprometer el derecho que les asiste a los acusados para trasladar la carga de la prueba acerca de su responsabilidad penal más allá de la duda razonable, lo que pretende es hacer efectivo uno de los fines esenciales del Estado, cual es, el de asegurar la vigencia de un orden justo y la aplicación de una recta y eficaz administración de justicia. Ahora bien, conforme lo reconoce la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, no es procedente decretar de plano la insubsistencia de un funcionario de la Rama Judicial por haber sido afectado con una medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a excarcelación, ya que corresponde al nominador con sujeción a los principios de inmediatez, objetividad y proporcionalidad determinar mediante un procedimiento administrativo si hay lugar o no a su declaratoria. Dicha valoración tiene como fundamento la posibilidad de decretar en relación con el mismo funcionario de la Rama Judicial y, en específico, de la Fiscalía una situación administrativa distinta al retiro del servicio, consistente en ordenar su suspensión provisional con fundamento en la orden de una autoridad judicial o disciplinaria. Esa posibilidad se encuentra reconocida en el artículo 84 del Decreto-Ley 261 de 2000 y regulada en el artículo 147 de la Ley 270 de 1996</p>	<p>Conforme lo reconoce la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, no es procedente decretar de plano la insubsistencia de un funcionario de la Rama Judicial por haber sido afectado con una medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a excarcelación, ya que corresponde al nominador con sujeción a los principios de inmediatez, objetividad y proporcionalidad determinar mediante un procedimiento administrativo si hay lugar o no a su declaratoria. Procede en ese caso la suspensión provisional del funcionario con fundamento en la orden de una autoridad judicial o disciplinaria.</p>

Sentencia	Contenido	Comentario
T-525 de 2006	<ul style="list-style-type: none"> No obstante lo anterior, esta Sala advierte que la decisión del Gobernador resulta ilegítima, pues como se observa de la simple lectura de la parte resolutive de la Sentencia del Consejo de Estado, en parte alguna se ordena al Gobernador del Tolima proceder de la forma en que lo hizo (más aún cuando este no era sujeto procesal dentro de la acción de cumplimiento), esto es, disponer el retiro inmediato del cargo de Alcalde de Ibagué al accionante. Lo que allí se ordenó fue que Rodríguez Góngora manifestara al Gobernador la inhabilidad en que incurrió, para luego, de manera conjunta, “el demandado y el Gobernador del Departamento del Tolima tomarán las medidas necesarias a efectos de acatar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 190 de 1995”. Así las cosas, en la medida de que la sentencia del Consejo de Estado disponía una orden distinta a la aducida por el Gobernador, su decisión de retirar al accionante de su cargo, bajo el pretexto de acatar la providencia, es a todas luces arbitraria y transgresora de sus derechos fundamentales. Téngase en cuenta que el mandatario departamental no era sujeto procesal dentro de la acción de cumplimiento promovida contra el señor Rodríguez Góngora, y por tanto no podía atribuirse la facultad para darse por notificado procesalmente de una decisión judicial en la que no estaba comprometido. De esta manera, el mandatario departamental actuó sin competencia para retirar del servicio al Alcalde, pues no mediaba en este caso facultad constitucional ni legal, como tampoco orden judicial al respecto. 	<p>La Corte declara la inexecutable del artículo 62 de la Ley 1278 de 2002, que hace referencia a la procedencia de la suspensión en el cargo como medida provisional impuesta por la Procuraduría o por la oficina de control interno disciplinario o como sanción disciplinaria, por considerar el Presidente se excedió en sus facultades extraordinarias al expedir una disposición normativa cuya naturaleza es claramente disciplinaria.</p>
T-331 de 2007	<p>E• En efecto, los artículos 147 y 150 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia le atribuyen al nominador la posibilidad de decretar en relación con el funcionario afectado por una medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad provisional, como primera alternativa, la suspensión temporal en el cargo mientras se resuelve el proceso o, como segunda alternativa, la insubsistencia de su nombramiento y, por ende, el retiro del servicio. Estas alternativas implican la realización de un juicio u operación intelectual consistente en comparar el alcance, procedencia y justificación para cada caso en concreto de los citados instrumentos administrativos.</p> <ul style="list-style-type: none"> La decisión de la Fiscalía de decretar la insubsistencia en el cargo del señor Roberto Jesús Osorio Beltrán, aún cuando resulta acorde con el ordenamiento jurídico y, por lo mismo, se encuentra debidamente fundamentada y razonada en soportes legales, incumple con la carga de proporcionalidad que se exige en el ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración, ello por cuanto el mismo efecto jurídico que se pretendía a través de la declaratoria de insubsistencia puede obtenerse a través de la suspensión administrativa en el ejercicio del empleo, resultando esta última alternativa menos lesiva frente a derechos que gozan de un mayor valor constitucional, tales como los derechos al trabajo, al acceso y permanencia en el desempeño de funciones y cargos públicos, al mínimo vital y a la vida digna. 	<p>Se evidencia un límite a la Facultad del nominador de declarar la insubsistencia de un Funcionario Público, en la medida que previo a decretar la insubsistencia, debe declararse la suspensión provisional del mismo, hasta tanto se emita sentencia absolutoria o cualquier otra decisión que termine el proceso penal y que no implique condena</p>
C-289-2012	<p>La Sala considera que el retiro definitivo del servicio —en el sentido indicado— del soldado profesional contra quien se ha dictado una detención preventiva por más de 60 días es contraria a la Constitución al restringir desproporcionadamente la presunción de inocencia de la que goza esta persona en el ámbito laboral, según el artículo 29 de la Constitución interpretado de conformidad con la jurisprudencia constitucional. Ello es así porque, aplicado un juicio de proporcionalidad, se concluye que, aunque la medida busca un fin constitucionalmente legítimo y es idónea, no es necesaria para lograrlo.</p>	<p>Se evidencia un límite a la Facultad del nominador de declarar la insubsistencia de un Funcionario Público, en la medida que previo a decretar la insubsistencia, debe declararse la suspensión provisional del mismo, hasta tanto se emita sentencia absolutoria o cualquier otra decisión que termine el proceso penal y que no implique condena</p>

CONCLUSIONES

Conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional:

- Limita la Corte la posibilidad del nominador de retirar del servicio a los servidores públicos por la causal de orden o decisión judicial:
 - facultad frente a la cual debe mediar orden o sentencia ejecutoriada de una autoridad judicial o disciplinaria que condene al funcionario a pena privativa de la libertad por delitos dolosos. el respeto también a todos los principios que rigen este tipo de procesos, como por ejemplo el principio de proporcionalidad que exige una equivalencia entre la conducta realizada y el grado de sanción o correctivo impuesto.
 - En los casos de declaratoria de medidas de aseguramiento, procede primeramente la suspensión del funcionario, hasta tanto no se compruebe sentencia, orden o decisión judicial inequívoca en tal sentido en la cual el funcionario sea parte procesal.

4

CONSEJO DE ESTADO

Jurisprudencia desde el 2006 hasta el 2017



FUNCIÓN PÚBLICA
Departamento Administrativo de la Función Pública



Limitaciones y Obligaciones al Nominador para declarar el retiro del Servicio del Servidor Público por destitución como consecuencia de proceso disciplinario

Consideraciones hechas por el Consejo de Estado.

Requisitos:

- ❖ 1. En primera medida el Consejo de Estado, al igual que la Corte Constitucional, establece la posibilidad de que previo a declarar la insubsistencia del servidor público bajo la causal de orden o decisión judicial, cuando medie una medida de aseguramiento provisional decretada por una autoridad judicial, procede en dichos casos la suspensión del Funcionario Público hasta que la autoridad competente profiera la respectiva sentencia, la cual puede ser de carácter absolutoria o condenatoria. Las consecuencias de dicha sentencia deben ser también analizadas, dado que en el caso de ser una sentencia absolutoria la persona que fue suspendida tiene derecho al reintegro del sueldo básico retenido, al levantamiento de la suspensión y a la reincorporación al servicio con derecho a devengar todos los haberes dejados de percibir; mientras que en el caso de ser condenatoria conlleva a la pérdida de las sumas retenidas y a la separación del servicio de manera absoluta o temporal. **(Fallos 27261 de 2013 1181-14 de 2016).**

- ❖ **2.** Aclara el **Fallo 38254 de 2016** que aun cuando se compruebe la declaración del retiro del servicio de un funcionario habiendo sido decretada una medida de aseguramiento en un proceso penal, sin haber procedido primero a la suspensión provisional del mismo, no es posible declarar la nulidad de dicho acto administrativo si el mismo no ha sido previamente demandado por el servidor directamente afectado. No puede entrar el Consejo de Estado a discurrir sobre asuntos que no han sido demandados o cuestionados directamente por el accionante.
- ❖ **3.** Referente a las indemnizaciones procedentes a los perjuicios materiales verificados en los casos de funcionarios retirados del servicio mientras cursaba proceso penal en su contra, se tiene que, cuando se dicte medida preventiva en contra del mismo, percibirá las primas y subsidios y el cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico correspondiente y si fuere absuelto o favorecido con cesación de procedimiento o preclusión de la investigación, se le reintegrará el porcentaje del sueldo básico retenido. Ello a manera de indemnización en los casos en que fuera declarado inocente un funcionario inmerso en un proceso penal. (**Fallo 40205 de 2016**).

❖ 4. Por último, en **Fallo 1584-10 de 2015** se hace evidente que el nominador debe realizar un análisis detallado sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la imposición de la medida de aseguramiento, debe estudiar detenidamente las particularidades del asunto, para así poder determinar la procedencia o improcedencia de la declaratoria de insubsistencia. Con todo, solamente el hecho de que exista una medida de aseguramiento no implica necesariamente que se declare insubsistente el nombramiento del investigado como se ha manifestado reiteradamente, no obstante, en el asunto específico puesto a consideración de la Sala, la demandante no logró probar que el nominador incumpliera dicha obligación, ni que las decisiones se hubieran proferido con desviación del poder. Por el contrario, se advierte que las Resoluciones 0-0276 de 13 de febrero y 0-0905 de 09 de mayo de 2003, mediante las cuales se declaró la insubsistencia, tuvieron como justificación proteger la buena marcha de la administración. Con lo cual entiende también, que la declaratoria de insubsistencia o de retiro del servicio del funcionario existiendo una medida de aseguramiento será viable cuando el nominador haya justificado dicha decisión, realizando un análisis detallado sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la imposición de la medida y que tal decisión se encuentre plenamente soportada por razones de buen servicio.

Cuadro Ilustrativo y Cuadro de Evolución Cronológica Retiro por Pensión de Vejez



Sentencia	Contenido	Comentario
27261 de 2003	<p>La Sala carece de competencia para discurrir sobre la decisión administrativa cobijada en una legalidad indiscutible, tanto porque no se cuestiona ni censura la decisión adoptada por el juez contencioso, como porque al plenario no se allegó copia de las decisiones adoptadas. (...) así la actora se duela de su destitución, es claro que por haber sido vencida en juicio, el resultado de la acción disciplinaria debía soportarlo. (...) la destitución obedeció al resultado del proceso disciplinario, en tanto la suspensión, a la medida de aseguramiento, ajena a la nominadora, quien aunque obligada a proferirla, se limitó a ejecutar la decisión del juez penal, como tenía que ser, sin afectar el proceso disciplinario y la decisión adoptada. (...) Obedeció sin duda a que la misma fue sancionada con destitución, por la Juez Cuarta Laboral del Circuito, mediante decisión de innegable legalidad, al margen de la suspensión dispuesta en razón del mismo asunto, en cumplimiento de una medida de aseguramiento que la actora no controvierte, de modo que nada tendría que aducirse al respecto.</p>	<p>Previo a verificarse los resultados del proceso penal, el nominador podrá declarar la suspensión del funcionario a partir de haberse decretado la medida de aseguramiento, esto hasta tanto no exista una decisión judicial condenatoria en donde procedería el retiro del servicio por causal de decisión judicial</p>
1584-10 de 2015	<p>La demandante considera que la existencia de una medida de aseguramiento no implica que obligatoriamente haya lugar a la declaratoria de insubsistencia, toda vez que se deben evaluar las circunstancias específicas de cada caso y realizar un procedimiento previo a fin de determinar su procedencia. Sobre el particular, como antes se indicó el Decreto 261 de 2000, que modificó la estructura de la Fiscalía General de la Nación, en su artículo 79 establece las causales por las que una persona no puede ser nombrada, ni desempeñar un cargo en la referida entidad, y su numeral 3 expresamente dispone que quien “(...) se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional” y que el parágrafo de la normativa citada señala que los nombramientos de los cuales surgiere inhabilidad sobreviviente, serán declarados insubsistentes. Con todo, obstando, ello no implica que el nominador se abstenga de realizar un análisis detallado sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la imposición de la medida de aseguramiento, por el contrario debe estudiar detenidamente las particularidades del asunto, para así poder determinar la procedencia o improcedencia de la declaratoria de insubsistencia. Con todo, solamente el hecho de que exista una medida de aseguramiento no implica necesariamente que se declare insubsistente el nombramiento del investigado como se ha manifestado reiteradamente, no obstante, en el asunto puesto a consideración de la Sala, la demandante no logró probar que el nominador incumpliera dicha obligación, ni que las decisiones se hubieran proferido con desviación del poder, por el contrario se advierte que las Resoluciones 0-0276 de 13 de febrero y 0-0905 de 09 de mayo de 2003, mediante las cuales se declaró la insubsistencia, tuvieron como justificación proteger la buena marcha de la administración.</p>	<p>El nominador debe realizar un análisis detallado sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos de aseguramiento, debe estudiar detenidamente las particularidades del asunto, para así poder determinar la procedencia o improcedencia de la declaratoria de insubsistencia. Con todo, solamente el hecho de que exista una medida de aseguramiento no implica necesariamente que se declare insubsistente el nombramiento del investigado como se ha manifestado reiteradamente, no obstante, en el asunto puesto a consideración de la Sala, la demandante no logró probar que el nominador incumpliera dicha obligación, ni que las decisiones se hubieran proferido con desviación del poder, por el contrario se advierte que las Resoluciones 0-0276 de 13 de febrero y 0-0905 de 09 de mayo de 2003, mediante las cuales se declaró la insubsistencia, tuvieron como justificación proteger la buena marcha de la administración.</p>

Sentencia	Contenido	Comentario
<p>1181-14 de 2016</p>	<p>• La suspensión de funciones y atribuciones es una medida provisional que es decretada por una autoridad judicial, la cual se mantiene en el tiempo hasta que esa autoridad judicial competente profiera la respectiva decisión, la cual puede ser de carácter absolutoria o condenatoria. Sentencia que tiene consecuencias diferentes, pues en el caso de ser absolutoria la persona que fue suspendida tiene derecho al reintegro del sueldo básico retenido, al levantamiento de la suspensión y a la reincorporación al servicio con derecho a devengar todos los haberes; y en el caso de ser condenatoria conlleva a la pérdida de las sumas retenidas y a la separación del servicio de manera absoluta o temporal. En conclusión, en los casos de suspensión del servicio en los cuales se produzca sentencia condenatoria de la justicia ordinaria, de la cual fue objeto el demandante, el periodo de suspensión no puede ser tenido en cuenta dentro del cómputo del tiempo de servicios para el reconocimiento de la asignación de retiro, como lo pretende el demandante.</p>	<p>La suspensión de funciones y atribuciones es una medida provisional que es decretada por una autoridad judicial, la cual se mantiene en el tiempo hasta que esa autoridad judicial competente profiera la respectiva decisión, la cual puede ser de carácter absolutoria o condenatoria. Sentencia que tiene consecuencias diferentes, pues en el caso de ser absolutoria la persona que fue suspendida tiene derecho al reintegro del sueldo básico retenido, al levantamiento de la suspensión y a la reincorporación al servicio con derecho a devengar todos los haberes</p>
<p>38254 de 2016</p>	<p>Corresponde a la Sala determinar si el daño sufrido por el señor Franklin Alfredo De Arco, privado de la libertad por la Justicia Penal Militar se puede considerar antijurídico y sí, en todo caso la Nación-Ministerio de Defensa está obligada a reparar los perjuicios causados, razón que impone determinar, previamente, si la víctima actuó con dolo o culpa grave.</p> <p>Es de advertir que la Sala no considera el daño relativo al retiro del servicio en razón a que el actor lo incluyó en el recurso de apelación, lo que comporta adición extemporánea de la causa petendi.</p> <p>Finalmente nada puede resolverse sobre la decisión de retirar al señor Franklin Alfredo de Arco del servicio, adoptada por el Comandante de la Armada Nacional quien decidió, discrecionalmente, a través de la resolución 501, sin aguardar el resultado de la investigación penal, retirarlo porque el acto administrativo no fue demandado, de donde se presume su legalidad.</p>	<p>Aun cuando se comprueba que se declaró el retiro del servicio y no únicamente la suspensión a partir de que se decretara la medida de aseguramiento del Funcionario, es necesario que el acto administrativo que declara la insubsistencia sea demandado. Cosa que de no ocurrir no podrá ser objeto de estudio por esta corporación</p>
<p>40205 de 2016</p>	<p>El Decreto 1791 del 14 de septiembre del 2000 en su artículo 50 establece que cuando se dicte medida preventiva en contra de un uniformado, percibirá las primas y subsidios y el cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico correspondiente y si fuere absuelto o favorecido con cesación de procedimiento o preclusión de la investigación, se le reintegrará el porcentaje del sueldo básico retenido.</p>	<p>cuando se dicte medida preventiva en contra de un uniformado, percibirá las primas y subsidios y el cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico correspondiente y si fuere absuelto o favorecido con cesación de procedimiento o preclusión de la investigación, se le reintegrará el porcentaje del sueldo básico retenido.</p>

CONCLUSIONES

- ❖ Todo lo cual provee los diferentes criterios del Consejo de Estado relacionados con la causal de retiro del servicio por orden o decisión judicial, concluyendo de esta forma que en los casos donde se presente la declaración de la medida de aseguramiento privativa de la libertad previo a decretar la insubsistencia del funcionario, procede en ese sentido la suspensión del mismo hasta tanto no se comprueba una decisión en firme y condenatoria sobre el particular. Aclara de igual manera que pese a comprobarse las condiciones previamente descritas es necesario que el accionante demande la nulidad del acto administrativo dado que no puede entrar la autoridad judicial a resolver el asunto de manera oficiosa. Establece que en caso de ser hallado inocente el funcionario, se hace inmediatamente acreedor de la indemnización y el pago de las primas, subsidios y el cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico correspondiente al tiempo que permaneció suspendido del servicio. Por último, reconoce la Corporación la posibilidad de declarar la insubsistencia del empleado público a quien se le haya decretado medida de aseguramiento, siempre y cuando se compruebe la realización de un análisis detallado de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, junto con la debida argumentación dirigida a probar las razones de buen servicio de la medida.

Con lo cual, se visibiliza los matices demarcados por el Consejo de Estado, limitando la posibilidad del nominador de hacer uso de la causal de retiro del servicio por pensión de vejez en garantía del de derecho fundamental a la seguridad social.

5

CONCLUSIONES GENERALES

Similitudes entre los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado

Fruto del trabajo de investigación realizado, se hace evidente la tendencia de ambas corporaciones de limitar la posibilidad del nominador de hacer uso de la causal de retiro del servicio por orden o decisión judicial, de manera indiscriminada.

- Se evidenció con base en las sentencias revisadas, que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han abordado muy poco las violaciones de derechos fundamentales fruto del retiro del servicio de un funcionario público por la causal de orden judicial. Las únicas sentencias encontradas sobre el tema, soportan que en los casos donde se compruebe la declaración de medida de aseguramiento privativa de libertad, ésta por sí misma no puede ser tenida en cuenta como causal de retiro del servicio, dado que precisamente en pro de garantizar los derechos fundamentales del servidor público y de buscar la medida menos lesiva, se procede a declarar la suspensión del funcionario hasta tanto se compruebe sentencia condenatoria en firme sobre el particular. En ese sentido ambas corporaciones consideran la necesidad que la sentencia condenatoria sea clara e incluya como parte procesal al accionado para que sea procedente la declaratoria de insubsistencia por esta causal.

❖ Lo descrito previamente consiste en la única limitación impuesta al nominador y relacionada con la posibilidad de declarar la insubsistencia del servidor público por la causal de orden o decisión judicial, las demás son precisiones y o aclaraciones también dispuestas para garantizar el derecho al trabajo, al acceso y permanencia en el desempeño de funciones y cargos públicos, al mínimo vital y a la vida digna de los funcionarios. Buscando con tal proceder, proteger a los servidores públicos inocentes inmersos en procesos penales o disciplinarios para que previo a la declaratoria de insubsistencia se aguarde a las debidas resultas del proceso, con el fin de que comprobada su inocencia o culpabilidad. Dicha posibilidad obliga pues a la administración a argumentar de manera concienzuda y detallada las razones que llevaron a dicha determinación, no valiendo únicamente las razones de buen servicio, sino que se incluyan las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar y el respaldo de la debida decisión judicial en firme en dicho sentido.



¡Gracias!

eva@funcionpublica.gov.co

3341245 - 3342771 - 5667649 (ext. 196)

@DAFP_COLOMBIA

facebook.com/FuncionPublica