



Función Pública

Concepto 015831 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000015831

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000015831

Fecha: 18/01/2021 06:34:22 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: Situaciones Administrativas. Suspensión. Suspensión en el ejercicio del cargo producto de un proceso penal. RAD. 20209000581272 del 3 de diciembre de 2020.

En atención a su escrito de la referencia, mediante el cual presenta varios interrogantes, me permito dar respuesta a los mismos en el mismo orden de su presentación así:

1.- A su primer interrogante, le indico que la suspensión de un empleado público del ejercicio de sus funciones, es una situación administrativa contemplada en el Decreto [1083](#) de 2015, que sobre el particular determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.47 Suspensión en ejercicio del cargo. La suspensión provisional consiste en la separación temporal del empleo que se ejerce como consecuencia de una orden de autoridad judicial, fiscal o disciplinaria, la cual deberá ser decretada mediante acto administrativo motivado y generará la vacancia temporal del empleo.

El tiempo que dure la suspensión no es computable como tiempo de servicio para ningún efecto y durante el mismo no se cancelará la remuneración fijada para el empleo. No obstante, durante este tiempo la entidad deberá seguir cotizando al Sistema Integral de Seguridad Social, en la proporción que por ley le corresponde.”

(Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo previsto en la norma, la suspensión en el ejercicio de un empleo público consiste en la separación temporal del ejercicio de las funciones propias del empleo que se ejerce, como consecuencia de una orden de autoridad judicial, fiscal o disciplinaria, la cual deberá ser decretada mediante acto administrativo motivado y generará la vacancia temporal del empleo.

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." (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 de la suspendida preclusión de la instrucción, cesación de procedimiento o se le absuelva.

(...)"

De acuerdo con lo anterior, se concluye que, la suspensión en el ejercicio de funciones de un empleado público procede, entre otras, por orden judicial, evento en el cual la Administración deberá emitir un acto administrativo motivado ordenando la suspensión del empleado, la cual estará condicionada a un nuevo pronunciamiento de la autoridad judicial.

En ese sentido, la suspensión en el ejercicio de las funciones de un empleado público ordenado por autoridad judicial, se efectuará y su duración estará fijada hasta tanto se produzca un nuevo pronunciamiento de la autoridad que la ordenó.

2.- A su segundo interrogante, se precisa que de conformidad con lo previsto en el Decreto 1632 de 1938 por el cual se reglamenta la Ley 53 de 1938, que protege la maternidad, determina el artículo 10.) que, *“Cuando el patrono crea tener causa justa para el despido de una trabajadora embarazada, deberá en cada caso, dar previo aviso al respectivo Inspector del Trabajo. Sin el concepto favorable del Inspector no podrá hacerse el despido.”*

De otra parte, la Ley 1822 de 2017 *“Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, en relación con el retiro de las empleadas en estado de embarazo determinó lo siguiente:

Artículo 2º. El artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, quedará así: “Artículo 239. Prohibición de despido.

1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa. (Ver sentencia SU-070 de 2013) (Ver sentencia C-005 de 2017) 2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.

Por lo anterior, en el caso que el empleador considere que existe justa causa para retirar del servicio a una empleada que se encuentra en estado de embarazo, deberá solicitar permiso al Ministerio del Trabajo, sin este permiso no podrá terminar la relación laboral.

Así las cosas, y atendiendo puntualmente se escrito, se considera que en el caso de retiro del servicio a causa de sanción disciplinaria de una mujer en estado de embarazo, se debe contar con la autorización previa y expresa del Ministerio del Trabajo.

3.- A su tercer interrogante, relacionado con la naturaleza del período de los empleos de Procurador General de la Nación (Art. 276 C.P.), el Fiscal General de la Nación (Art. 249 C.P.) y el Contralor General de la República (Inc. 7, art. 267 C.P.), le indico lo siguiente:

Respecto del cargo de Procurador General de la Nación, el artículo 276 de la Constitución Política determina que *“El Procurador General de la Nación será elegido por el Senado, para un período de cuatro años, de terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.”*

Por su parte el Decreto Ley 262 de 2000 prescribe: *“Artículo 3º. Elección y posesión. El Procurador General de la Nación será elegido por el Senado de la República para un período personal de cuatro años, de terna integrada por un candidato del Presidente de la República, uno de la Corte Suprema de Justicia y uno del Consejo de Estado.*

El Procurador General tomará posesión ante el Presidente de la República o ante quien haga sus veces.”

Por lo anterior, se precisa que, de conformidad con lo previsto por el legislador extraordinario, el período del procurador general de la Nación es personal o individual.

Por su parte, en relación con el cargo del Fiscal General de la Nación, se precisa que el artículo 249 de la Constitución Política determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 249. La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.

Frente al particular, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-037 de 1996 señaló lo siguiente al estudiar la Constitucionalidad del artículo 30 de la hoy Ley 270 de 1996 *“En cuanto al inciso tercero, esto es, la determinación de que quien reemplace al fiscal general en caso de falta absoluta, lo hará hasta terminar el período, esta Corporación estima pertinente hacer algunas precisiones sobre el particular. Debe señalarse, para comenzar, que la Carta Política estipula en su artículo 249 que el fiscal general será elegido por la Corte Suprema de Justicia “para un período de cuatro (4) años”. En modo alguno puede desprenderse o interpretarse que dicho período tenga que ser coincidente con el del presidente de la República, como ocurre, por ejemplo, con el del contralor general de la República o con el de los congresistas, sino que, por el contrario, se trata de un período individual, el cual, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte^[26], se debe contar a partir del momento en que el nuevo fiscal, elegido por la Corte Suprema, tome posesión del cargo, sin interesar si el anterior completó o no el período de cuatro años señalado en la Carta. Al respecto, resultan pertinentes las siguientes consideraciones expuestas por esta Corporación en relación con los períodos de los magistrados de los altos tribunales del país:”*

De lo expuesto, se deduce que, el período del Fiscal de General de la Nación es personal, no institucional.

En relación con el Contralor General de la República, el artículo 267 de la Constitución Política establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

(...)

El Contralor será elegido por el Congreso en Pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución y no podrá ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo.

(...).”

(Destacado fuera de texto)

De lo previsto en la norma, se deduce que el Contralor General de la República será elegido por un período de 4 años que coinciden con el del Presidente de la República; es decir, se trata entonces, de un período institucional y no personal, en razón a que se conocen los extremos de su vinculación.

Así se desprende de lo previsto por la Corte Constitucional en Sentencia C- C-037 de 1996, transcritos arriba algunos apartes, en la que determina que, a diferencia del período del Fiscal General de la Nación, el período del Contralor General de la República es institucional, no personal o individual.

4.- En atención al cuarto interrogante de su escrito, le indico que de conformidad con lo previsto en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no cuenta con la facultad legal para determinar las competencias y funciones que en materia disciplinaria cuenta la Procuraduría General de la Nación, en consecuencia, y en aplicación de lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1437 de 2011, mediante oficio de radicado número 20216000015821 del 18 de enero de 2021, se dará traslado a la Procuraduría Auxiliar Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación para que se pronuncie frente al particular.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el Covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:21:17