



Concepto 101581 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000101581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000101581

Fecha: 24/03/2021 10:48:17 a.m.

Bogotá D.C.

REF: REMUNERACIÓN. Asignación Salarial. EMPLEO. Suspensión. Pago de salarios a empleado que había sido suspendido en el ejercicio del cargo. RAD.: 20212060125122 del 9 de marzo de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, remitida por la Contraloría Departamental del Meta mediante oficio No. 100.07.02/290, a través de la cual consulta acerca de la solicitud de un empleado del Instituto de Turismo del Meta, quien reclama el pago de los salarios dejados de percibir durante el período durante el cual estuvo suspendido en el ejercicio del cargo en el marco de un proceso fiscal, una vez transcurrido el término de la referida suspensión, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

El Decreto [1083](#) de 2015, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, señala:

“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.” (destacado nuestro)

De esta manera, la norma prevé que la suspensión en el ejercicio del cargo procede como consecuencia, entre otras, de una orden de autoridad fiscal, que implica la separación temporal del empleo.

En relación con el reintegro del empleado suspendido en el ejercicio del empleo y la consiguiente devolución de los dineros dejados de percibir, el Consejo de Estado se ha manifestado en reiteradas oportunidades en los siguientes términos¹:

“...La orden de suspensión del cargo presupone la existencia de investigaciones fiscales o de procesos penales o disciplinarios contra sujetos pasivos del control fiscal y se mantiene, por mandato de la Constitución “mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

“Ante la imposibilidad de ejercer sus funciones, el empleado no podrá percibir el salario asignado a su cargo, pues este derecho se deriva directamente de la prestación del servicio, por lo cual el Decreto [1647](#) de 1967, prohíbe reconocer y pagar remuneración por servicios no prestados, concordante con la prohibición contemplada en el artículo 41, numeral 19, de la Ley 200 de 1995 de:

“Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o en cuantía superior a la legal, efectuar avances prohibidos por la ley y reglamentos salvo las excepciones legales”. (Destacado nuestro)

Ahora bien, el artículo 2.2.5.5.48 del Decreto [1083](#) de 2015 dispone:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.48 Reintegro al empleo y reconocimiento y pago de salarios dejados de percibir como consecuencia de la suspensión. De conformidad con lo señalado en el artículo [158](#) de la Ley 734 de 2002, el servidor público que en un proceso disciplinario hubiere sido suspendido provisionalmente, será reintegrado a su cargo o función y tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión, cuando la investigación termine con fallo absolutorio, decisión de archivo, terminación del proceso, o cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia.” (Destacado nuestro)

De lo anterior se infiere que el reintegro al empleo y el reconocimiento y pago de salarios dejados de percibir como consecuencia de la

suspensión del servidor sólo procede en los casos en que esa suspensión se hubiere producido dentro de un proceso disciplinario, por lo que la norma transcrita no puede ser aplicada a la situación bajo análisis.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica observa que, en principio, no es procedente reconocer y pagar al empleado suspendido en virtud de un proceso fiscal, la remuneración dejada de percibir durante este período, en los mismos términos que los establecidos en la ley para cuando se trata de una suspensión por causa de una decisión en materia disciplinaria.

Por consiguiente, se considera que en una situación como la planteada en su consulta, deberá acudirse al criterio adoptado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en la sentencia T-416 de 2016, precisó:

“La potestad consagrada en el artículo 268-8 Superior, es una figura problemática porque da a entender que la suspensión provisional procede siempre que el ente de control tenga la plena convicción de que el funcionario investigado es fiscalmente responsable, lo cual no es acertado porque implicaría un prejuzgamiento y por tanto la suspensión perdería su carácter cautelar como mecanismo transitorio, encaminado a lograr la efectividad del control fiscal, además se desconocería el principio de presunción de inocencia (artículo 29 CP). Se aúna a ello que no es suficiente con que se adelante la investigación fiscal para la viabilidad de la medida.

La suspensión provisional no implica entonces que el investigado siempre resulte condenado, ni mucho menos que sea fiscalmente responsable porque puede darse el caso, como el presente, donde el funcionario público suspendido termina absuelto de toda responsabilidad.

En este orden de ideas, la solicitud de suspensión provisional debe atender los principios de razonabilidad y proporcionalidad a fin de que la misma no sea utilizada de manera desbordada. Es decir, el Contralor debe valorar las circunstancias fácticas de cada caso para llegar a la convicción sobre la necesidad o no de aplicar la medida, que varía dependiendo de la gravedad de la conducta y el impacto que tenga en la sociedad.

En síntesis, el ejercicio de esta potestad: (i) está supeditado a que existan contra los sujetos pasivos del control fiscal investigaciones fiscales, penales o disciplinarias; (ii) no debe ser utilizada como una herramienta política sino jurídica; esto es, el ente de control debe exigir la suspensión cuando observe que la permanencia en el cargo del funcionario entorpece el desarrollo normal de la investigación o se continúan malversando los bienes del Estado; (iii) debe atender los principios de razonabilidad y proporcionalidad y (iv) a pesar de la discrecionalidad que reviste a los contralores para adoptar la medida, esta no debe ser utilizada de manera arbitraria.

Sobre este último punto, es preciso señalar que en ciertos casos las autoridades cuentan con una potestad discrecional para el ejercicio de sus funciones, que sin embargo no puede confundirse con arbitrariedad o el simple capricho del funcionario. Es así como el artículo 36 del CCA, contenido que fue reproducido íntegramente en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 señaló los principales límites al ejercicio de la facultad discrecional al establecer que “en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. En consecuencia, toda decisión discrecional debe adecuarse a los fines de la norma que autoriza el ejercicio de dicha facultad, al tiempo que ha de guardar proporcionalidad con los hechos que le sirvieron de causa.

Con todo, en el Estado de Derecho no tiene cabida la noción de discrecionalidad absoluta sino que únicamente es admisible la discrecionalidad relativa, lo cual supone el deber de “apreciar las circunstancias de hecho, la oportunidad y la convivencia dentro de las finalidades inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la disposición que autoriza la decisión discrecional”. Así fue precisado por la Corte desde la Sentencia C-734 de 2000[71], al indicar:

“De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional”.

La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa.

En este orden de ideas, la atribución constitucional prevista en el numeral 8º del artículo 268 es responsabilidad personal de los contralores, de manera que deben hacer uso de la medida en aquellos casos donde existan indicios o material probatorio que evidencie que la permanencia en el cargo obstaculiza la transparencia de la investigación o en el desempeño de su empleo compromete aún más los bienes del Estado.

La suspensión provisional de funcionarios públicos en los casos donde el proceso de responsabilidad fiscal culmina con decisión absolutoria o de archivo involucra, por esa sola circunstancia, una reparación de los perjuicios causados, en donde el contralor deberá justificar la decisión adoptada, por lo que se hace necesario asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela efectiva.

En suma, el acto administrativo que suspende de manera transitoria a un funcionario sujeto pasivo de gestión fiscal no define su situación jurídica, por cuanto se reitera la suspensión no es definitiva sino temporal. En ese sentido, cuando el proceso de responsabilidad termina con una decisión de archivo o de absolución conduce inexorablemente a la reparación del daño causado por la suspensión provisional, lo que de ordinario deberá ser reclamado mediante el uso de las acciones que para tal fin ha previsto el ordenamiento jurídico, particularmente el medio

de control de reparación directa ante la jurisdicción contenciosa administrativa.”

Con base en lo determinado en la sentencia citada, esta Dirección jurídica observa que solo cuando el proceso de responsabilidad fiscal termine con una decisión de archivo o de absolución, procederá la reparación del daño causado por la suspensión provisional al servidor.

En consecuencia y para resolver su consulta, se considera que la administración únicamente podrá reconocer y pagar la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión del servidor cuando el proceso de responsabilidad fiscal concluya con una decisión de absolución o archivo.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio Civil, Concepto 452 del 15 de julio de 1992, Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:48:54