



Concepto 118411 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000118411

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000118411

Fecha: 05/04/2021 03:01:51 p.m.

Bogotá

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Procedimiento a seguir cuando un concejal de un municipio de sexta categoría que ocupó el segundo lugar a la Alcaldía, se encuentra privado de la libertad con medida de aseguramiento. ¿Debe ser suspendido temporalmente del cargo? ¿Quién debe hacerlo? ¿Se debe utilizar Acto Administrativo? ¿Quién lo reemplaza y que entidad lo determina? Radicado: 20219000156712 del 24 de marzo de 2021.

En atención a su interrogante contenido en el oficio de la referencia, relacionado con el trámite a seguir con el concejal de un municipio de sexta categoría que es elegido por ocupar el segundo puesto en votación de la Alcaldía, es privado de la libertad con medida de aseguramiento, me permito manifestarle lo siguiente:

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:

“ARTÍCULO 2°. 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 en primer lugar 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.

Por su parte, el decreto 1083 de 2015¹ a la vacancia temporal y la suspensión del ejercicio del cargo señala:

ARTÍCULO 2.2.5.2.2 Vacancia temporal. *El empleo queda vacante temporalmente cuando su titular se encuentre en una de las siguientes situaciones:*

1. *Vacaciones.*
 2. *Licencia.*
 3. *Permiso remunerado*
 4. *Comisión, salvo en la de servicios al interior.*
 5. *Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular.*
 6. *Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial.*
 7. *Período de prueba en otro empleo de carrera.*
- (...)

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. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con lo señalado, la suspensión en el ejercicio del cargo 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.

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." (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?

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.

En cuanto al reemplazo del concejal, la Constitución Política señala:

ARTICULO 134. <Artículo modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

En ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos.

Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas.

Si por faltas absolutas que no den lugar a reemplazo los miembros de cuerpos colegiados elegidos en una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falten más de veinticuatro (24) meses para la terminación del periodo.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, se aplicarán las siguientes reglas: i) Constituyen faltas absolutas que dan lugar a reemplazo la muerte; la incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo; la declaración de nulidad de la elección; la renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, y la pérdida de investidura; ii) Constituyen faltas temporales que dan lugar a reemplazo, la licencia de maternidad y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos distintos a los mencionados en el presente artículo.

La prohibición de reemplazos se aplicará para las investigaciones judiciales que se iniciaron a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, con excepción del relacionado con la comisión de delitos contra la administración pública que se aplicará para las investigaciones que se inician a partir de la vigencia del presente acto legislativo. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, en las Corporaciones Públicas de elección popular como es el caso de los concejos municipales no habrá suplentes para los miembros que los conforman. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley.

Ahora bien, el Acto Legislativo 02 de 2015, dispuso que deberá ser el legislador (que a la fecha no ha ocurrido) quien regule el régimen de reemplazos para los miembros de las corporaciones públicas, estableciendo -mientras esto sucede- unas reglas de rango constitucional que contemplan como falta temporal de los concejales la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos distintos a los mencionados en el mismo artículo y da lugar al reemplazo.

De acuerdo con lo señalado, quien reemplazará al concejal será el candidato no elegido que según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral, de conformidad con el artículo 4 del Acto Legislativo 02 de 2015, que modificó el artículo 134 de la Constitución Política.

De acuerdo con todo lo anterior, podemos responder puntualmente sus interrogantes:

1. La suspensión es una medida que únicamente puede ser proferida por la autoridad disciplinaria, fiscal o judicial, respectiva, de manera que la entidad competente proferirá los actos administrativos internos para darle cumplimiento. Así las cosas, si existe la medida de suspensión, la entidad debe darle cumplimiento.
2. El servidor público será suspendido por la entidad o corporación en este caso, de la cual haga parte y corresponderá ejecutarlo a la autoridad competente al interior de la misma.
3. Siempre que exista una orden disciplinaria, fiscal o judicial que ordene la suspensión, la entidad deberá darle cumplimiento.
4. La medida de suspensión temporal deberá ser decretada mediante acto administrativo motivado y generará la vacancia temporal del empleo.
5. El reemplazo de la curul del concejal se hará de acuerdo con las reglas generales señaladas en la Constitución Política y corresponderá hacerlo al Consejo Nacional Electoral.

Por último, me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.*

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:11:58