



Función Pública

Concepto 265131 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000265131

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000265131

Fecha: 26/07/2021 10:46:27 a.m.

Bogotá D.C.

REF: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Suspensión en el ejercicio del cargo. RETIRO DEL SERVICIO. Orden o Decisión Judicial. ¿El acto administrativo de retiro de un empleado condenado judicialmente se hace efectivo desde el momento de ejecutoria de la sentencia condenatoria o desde la suspensión en el ejercicio del cargo? Rad: 20212060501482 del 06 de julio de 2021.

Acuso de recibo la comunicación de la referencia, a través de la cual consulta si el acto administrativo de retiro de un empleado condenado judicialmente se hace efectivo desde el momento de ejecutoria de la sentencia condenatoria o desde la suspensión en el ejercicio del cargo, y el trámite a seguir en ese evento; al respecto me permito señalar:

Es importante destacar que de acuerdo con lo señalado en el Decreto [430](#) del 2016, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Se precisa que las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas por parte de la entidad y demás organismos y entidades de la administración pública en materia de régimen de administración de personal se formaliza, entre otros, a través de conceptos jurídicos, que guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades.

La resolución de los casos particulares, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho. En ese sentido, este Departamento en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante, lo anterior, y a manera de información general respecto del tema planteado en su escrito, me permito manifestarle lo siguiente:

- Suspensión en el ejercicio del cargo:

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.

Durante el tiempo de la suspensión, la entidad deberá seguir cotizando al Sistema Integral de Seguridad Social, pero ese lapso no será computable como tiempo de servicio para ningún efecto y por ende no habrá lugar al pago de remuneración alguna.

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 acudirse 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 del suspendido 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.

Significa lo anterior, que un empleado público únicamente puede ser suspendido en virtud de una orden de autoridad judicial, fiscal o disciplinaria, caso en el cual dicha decisión es ejecutada por el nominador de la entidad mediante acto administrativo motivado, lo cual genera la vacancia temporal del empleo.

- Retiro del servicio con ocasión a una condena penal.

La Ley 190 de 1995 “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.”, señala:

“ARTÍCULO 6. En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

<Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto final a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.” (Subrayas fuera del texto)

Por su parte, la Ley 734 de 2002, “por la cual se expide el Código Único Disciplinario” señala:

“ARTÍCULO 37. INHABILIDADES SOBREVINIENTES. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias.”

“ARTICULO 38. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(...)

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma. (...)” (Subrayas fuera del texto)

Así mismo, el ya mencionado Decreto 1083 de 2015, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.1.14 Inhabilidad sobreviniente al acto de nombramiento o posesión. En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o

posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, la persona deberá advertirlo inmediatamente a la administración y presentar renuncia al empleo, de lo contrario, la administración procederá a revocar el nombramiento.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente no se haya generado por dolo o culpa del nombrado o del servidor, declarado judicial, administrativa, fiscal o disciplinariamente, siempre que sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, el servidor público contará con un plazo de tres (3) meses para dar fin a esta situación, siempre y cuando sean subsanables.” (Destacado nuestro)

En igual sentido, mediante Sentencia C- 038 del 5 de febrero de 1996, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del Artículo 6 de la Ley 190 de 1995 señaló:

"Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo. Si en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares. ". (Negrilla y subraya fuera de texto).

De la jurisprudencia expuesta, podemos extractar que una pena privativa de la libertad y su consecuente pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas genera, para un servidor público activo, una inhabilidad sobreviniente que, de conformidad con el Artículo 6° de la Ley 190 de 1995, se encuentra en la obligación de informar a la entidad.

Permitir que el servidor sancionado con pena privativa de la libertad y con pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas continúe prestando el servicio, vulneraría los principios que gobiernan la función pública entre ellos la moralidad, la eficacia y eficiencia en la prestación del servicio público.

Con base en la normativa y jurisprudencia que antecede, hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, constituye inhabilidad para desempeñar cargos públicos, por cuanto tal condición constituye un requisito para el nombramiento y para ejercer el empleo.

Por lo expuesto, en concepto de esta Dirección Jurídica, el empleado que se encuentra en esta situación no puede continuar vinculado con la administración pública, por cuanto en virtud de la inhabilidad sobreviniente, con ocasión de una sentencia ejecutoriada de condena a la pena de prisión e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el mismo lapso, queda automáticamente retirado del servicio.

Respecto, a la pérdida de los derechos de carrera la ley 909 de 2004 expone:

"ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...)

k) Por orden o decisión judicial; (...)

ARTÍCULO 42. Pérdida de los derechos de carrera administrativa.

1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el Artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente ley. (...)"

En cuanto a la disposición anteriormente transcrita, se observa que una de las causales para el retiro del servicio es por orden o decisión judicial y que, por dicha causal, la norma señala que el retiro fue con ocasión a la decisión judicial esto implica una separación automática de la carrera administrativa y de la pérdida de los derechos a ella inherente.

Anotado lo anterior, frente a sus interrogantes, ésta Dirección Jurídica concluye:

1. Es imperante distinguir los dos pronunciamientos judiciales bajo estudio, estos son: i) la suspensión en el ejercicio del cargo con ocasión a una medida privativa de la libertad, y ii) la condena principal a prisión y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el mismo tiempo. En ese sentido, se resalta que el efecto jurídico del primero, será la vacancia temporal del empleo y la obligación de la entidad de seguir cotizando al Sistema Integral de Seguridad Social, hasta tanto haya un nuevo pronunciamiento; por el contrario, el efecto del segundo, es decir, la condena, será el retiro del servicio del empleado, con ocasión a la inhabilidad sobreviniente consagrada en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, aclaradas las consecuencias jurídicas, esta Dirección Jurídica resalta que el retiro del servicio, es consecuencia de la condena y por

ende es improcedente tomar como fecha de retiro, la misma en la que se suspendió al empleado, pues para ese tiempo no había una decisión judicial en firme que lo inhabilitara.

Así las cosas, se colige que el acto administrativo de retiro del servicio, deberá emitirse y hacerse efectivo una vez esté ejecutoriada la sentencia condenatoria.

2. Como se anotó, el retiro del servicio se realizará a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial, y no desde la suspensión, por tal razón, el pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, debió realizarse por la entidad durante el tiempo de la suspensión y hasta la fecha de retiro del servicio del empleado público.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Nataly Pulido

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:18:53