



Concepto 217161 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000217161

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000217161

Fecha: 21/06/2021 07:19:15 a.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Servidor Público – Reintegro al servicio por preclusión de la investigación - RADICACIÓN: 20212060440682 del 24 de mayo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta *“Si una persona que es empleado y/o servidor público durante 15 años se le separa temporalmente por orden judicial de su trabajo, y posteriormente un Juez de la Republica dicta sentencia de preclusión de la investigación por vencimientos de términos: puede esta persona solicitar ante la entidad en la cual trabaja el Reintegro a su trabajo (...)”*, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Ahora bien, en el presente caso, esta Dirección Jurídica no conoce exactamente el sentido del fallo a través del cual se suspendió del servicio de manera provisional a la servidora pública, por lo tanto, el análisis realizado en este concepto, será de manera general.

El Decreto 1083 de 2015, *«Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública»*, establece:

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

(...)

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.

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 fuera del texto original)

Acorde con lo anterior, se concluye que la suspensión en el ejercicio del cargo es una situación administrativa que consiste en la separación temporal del empleo por orden judicial, fiscal o disciplinaria, mediante acto administrativo motivado, generando la vacancia temporal del empleo. Durante el término de la suspensión provisional no hay lugar al reconocimiento y pago de elementos salariales, ni prestacionales, salvo la de continuar efectuando la cotización al sistema general de seguridad social en la proporción que legalmente le corresponda a la entidad.

El reintegro al empleo y el reconocimiento y pago de los salarios dejados de percibir como consecuencia de la suspensión solo será procedente cuando el proceso termine con fallo absolutorio, decisión de archivo, terminación del proceso o haya expirado el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia.

En el presente caso, solo se indica en la consulta que a la servidora pública se le separó temporalmente por orden judicial, y que posteriormente un Juez de la Republica dictó sentencia de preclusión de la investigación por vencimientos de términos, lo que quiere decir que la servidora se encontraba dentro de proceso penal. Al respecto, el Código de Procedimiento Penal, señala:

“ARTÍCULO 334. Efectos de la decisión de preclusión. En firme la sentencia que decreta la preclusión, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos. Igualmente, se revocarán todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto. (Destacado fuera del texto)

De acuerdo a la legislación penal colombiana, cuando quede en firme la sentencia de preclusión, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal contra el imputado. Así mismo, se revocarán todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto.

En igual sentido, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-118/08 dispuso que *“La preclusión de la investigación es un mecanismo procesal mediante el cual se da por terminado el proceso penal en forma anticipada a la sentencia, en tanto que se cumplen algunas de las causales señaladas expresamente por el legislador para el efecto. Es una figura usual de los procesos penales en los que el Estado es el titular de la acción penal y tiene a su cargo la tarea de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado.”* (Destacado nuestro)

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia con Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier mediante sentencia del 1º de marzo de 2017, señaló que *“Tal y como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia de la Corporación, la preclusión de la investigación es una decisión que hace tránsito a cosa juzgada material e implica la terminación de la actuación, a favor del investigado, sin necesidad de agotar todas las etapas*

previstas para el proceso, ante la comprobada existencia de una de las causales establecidas en la Ley (artículo 331 del Código de Procedimiento Penal). (Destacado nuestro)”

Lo anterior quiere decir que, al declarar la preclusión de la investigación se da por terminado el proceso penal sin necesidad de agotar todas las etapas previstas para el proceso y por lo tanto, al imputado no se le podrá seguir juzgando por los mismos hechos y con esta decisión, se revocaran las medidas cautelares que se le hayan decretado.

Ahora bien en cuanto al reintegro al servicio del empleado suspendido, la sentencia C-450 de 2003, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 157 de la Ley 734 de 2002, indica:

“De otra parte, advierte la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la decisión judicial de suspender del cargo y en consecuencia el pago de salarios y prestaciones, no implica que la relación laboral haya finalizado, dicho acto contiene por una parte una condición resolutoria respecto de la vinculación laboral (numeral 4 del artículo 66 del C.C.A), que depende del resultado del proceso y de otra parte una condición suspensiva en relación con el derecho a percibir la remuneración.

En ese orden, cuando la condición resolutoria desaparece su efecto es retroactivo, esto es, desde la fecha en la que se dispuso la suspensión, en consecuencia queda sin sustento el acto que impuso la suspensión del derecho a percibir los emolumentos económicos aunque no se haya prestado el servicio. En el momento en que la medida judicial se levante, cesan sus efectos.

En casos en los que el funcionario suspendido no fue condenado, el efecto lógico es que debe ser restablecido en la totalidad de los derechos de los cuales se vio privado durante el retiro temporal del cargo, su situación debe restablecerse a la que tenía al momento en que fue suspendido, es decir como si no hubiera sido separado del servicio, y en consecuencia tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales durante el tiempo que cesó en el ejercicio de sus funciones; es decir que vuelven las cosas al estado anterior.

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.” (Destacado fuera del texto)

En virtud del fallo anteriormente indicado, la decisión judicial de suspender del cargo y en consecuencia el pago de salarios y prestaciones, no implica que la relación laboral haya finalizado; el acto que ordena la suspensión contiene por una parte una condición resolutoria respecto de la vinculación laboral que depende del resultado del proceso y de otra parte una condición suspensiva en relación con el derecho a percibir la remuneración.

Para el alto tribunal, en casos en los que el funcionario suspendido no fue condenado, debe ser restablecido en la totalidad de los derechos de los cuales se vio privado durante el retiro temporal del cargo, es decir su situación debe restablecerse a la que tenía al momento en que fue suspendido.

Acorde con lo anterior, se concluye:

1. La suspensión en ejercicio del cargo es una situación administrativa que consiste en la separación temporal del empleo por orden judicial, fiscal o disciplinaria la cual, se debe decretar mediante acto administrativo motivado generando, entonces, la vacancia del empleo.

2. Durante el término de la suspensión provisional no hay lugar al reconocimiento y pago de elementos salariales, ni prestacionales. No obstante, durante este tiempo la Entidad debe seguir cotizando al sistema general de seguridad social en la proporción legal que le corresponda.

4. En el evento que el proceso del empleado suspendido provisionalmente termine 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, el empleado debe ser reintegrado a su cargo y debe reconocerse y pagarse la remuneración dejada de percibir por el término de la suspensión. En el caso de preclusión de la investigación se recuerda que la misma, constituye una forma para dar por terminado el proceso.

Conforme con lo anterior, sólo es procedente ordenar la suspensión en el ejercicio de funciones, siempre que se haya dictaminado por orden disciplinaria, fiscal o judicial, por el término que se hubiera solicitado por la respectiva autoridad competente. Por tanto, sólo las autoridades legalmente establecidas tienen la competencia para levantar la suspensión en el ejercicio del empleo.

En todo caso, se debe dar cumplimiento a la respectiva providencia judicial en los estrictos términos en los que fue dictada.

En consecuencia, como quiera que esta Dirección Jurídica no conoce los términos en los que fue dictada la sentencia de la servidora pública y la manera en cómo se decretó la respectiva suspensión en el ejercicio del cargo de la misma, corresponderá al interesado verificar los hechos y las providencias judiciales respectivas, a través de las cuales se imputó a la servidora pública, y lo que las mismas hayan establecido para la suspensión del servicio, para determinar con ello, si resulta procedente o no, su reintegro a la entidad correspondiente.

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: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

2. AP1332-2017 / Radicación N° 49492 / (Aprobado Acta No. 61)

3. CSJ AP, Enero 14 de 2014, Rad 40374.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:28:23