



Concepto 115971 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000115971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000115971

Fecha: 18/03/2022 07:26:06 a.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEOS. Empleado. Suspensión del ejercicio del cargo por privación de la libertad de un empleado público a quien no se le ha definido su situación jurídica. Radicado: 20222060080112 del 18 de marzo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual solicita concepto jurídico, sobre la suspensión en el ejercicio de un cargo de un servidor público que tiene detención preventiva en el lugar de la residencia, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, 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.

En ese sentido, 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.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, con relación a la situación de un empleado público que, con ocasión de un proceso penal adelantado en su contra, se encuentra privado de la libertad sin posibilidad de ejercer su actividad laboral, me permito indicarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar, que 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:

«TITULO PRELIMINAR.

PRINCIPIOS RECTORES Y GARANTIAS PROCESALES.

(...)

ARTÍCULO 2o. 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.)

Ahora bien, 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 acudirse 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?

C"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 desaparimiento 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.

6.- La precisa situación administrativa de suspensión por medida penal, exige así mismo un análisis desde la perspectiva de la actuación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad penal, por ser de ésta de la que debe provenir la orden de suspensión.

Desde esa óptica, es a esa autoridad judicial a la que le corresponde el estudio de los requisitos formales y sustanciales de la medida penal y el de disponer la suspensión del funcionario o empleado de la Rama Judicial que sea sujeto pasivo de la misma. El artículo 359 del Código de Procedimiento Penal (399 anterior) establece como regla general de trámite que la suspensión procede cuando se haya impuesto medida de aseguramiento. Allí se obliga a que "en la misma providencia se solicitará a la autoridad respectiva que proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo" y que de no hacerse dentro de los 5 días siguientes, se dispondrá la captura del sindicado. Así entonces, son claras las siguientes conclusiones:

Cuando la autoridad judicial lo solicita, o cuando se ha creado la vacancia por la captura inmediata del funcionario o empleado.

6.1.- La suspensión tiene un único propósito desde el punto de vista penal: Hacer efectiva la medida de aseguramiento.

6.2.- La solicitud de la suspensión tiene un único propósito desde el punto de vista administrativo: Evitar la perturbación de la buena marcha de la administración. Si el funcionario judicial hizo la solicitud es porque a su juicio la privación inmediata de la libertad del funcionario o empleado puede afectar el normal desarrollo del servicio público al que pertenezca.

6.3.- Si no se atiende la solicitud de suspensión, la responsabilidad por la perturbación de la buena marcha de la administración será única y exclusivamente de la autoridad administrativa. Pues en todo caso después de 5 días de haberse realizado la solicitud se debe disponer la captura del asegurado.

8.- El texto del artículo 359 del Código de Procedimiento Penal enseña que el propósito de la suspensión del servidor público es hacer efectiva la medida de aseguramiento. Que esa suspensión surja por la solicitud anterior a la captura o por efecto automático de ésta, es problema que la ley defiere al juicio de la autoridad judicial que es la autorizada para estimar si es necesaria aquella o se puede disponer la captura de manera inmediata sin afectar el servicio público.[...]² (Negrita y subrayado fuera del texto).

[...]»

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.

Una vez que por orden judicial se solicite al empleador la suspensión en el ejercicio del cargo, de conformidad con el Decreto 1083 2015, podrá expedirse un acto administrativo en el cual se suspenda al empleado, produciéndose una vacancia temporal en el mismo conforme lo establece el artículo 2.2.5.2.2 del citado Decreto, al establecer:

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

(...)

6. Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial, y

A su vez, el Artículo 2.2.5.5.1 del mencionado Decreto señala:

ARTÍCULO 2.2.5.5.1 Situaciones administrativas. El empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas:

[...]

6. Suspendido o separado en el ejercicio de sus funciones.

[...]

En ese escenario, en criterio de esta Dirección no es viable que la Administración ordene la suspensión en el ejercicio del cargo sin que medie la solicitud de la autoridad penal competente en ese sentido.

No obstante, si la autoridad judicial no solicitó la suspensión de la relación laboral, el hecho de la detención del funcionario del caso en consulta, se genera una imposibilidad para la prestación del servicio en el empleo del cual es titular.

Es importante precisar, según el artículo 52 del Código penal establece que la pena de prisión conlleva la imposición, por parte del Juez, de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la ley.

A su vez, la Ley 600 de 2000 por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal, señala:

ARTÍCULO 359. De los servidores públicos. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Cuando se imponga medida de aseguramiento en contra de un servidor público, en la misma providencia se solicitará a la autoridad respectiva que proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo. Mientras se cumple la suspensión, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que el sindicado eluda la acción de la justicia. (Subrayado fuera de texto)

Si pasados cinco (5) días desde la fecha en que se solicite la suspensión, ésta no se hubiere producido, se dispondrá la captura del sindicado.

Igualmente se procederá para hacer efectiva la sentencia condenatoria.

No es necesario solicitar la suspensión del cargo cuando a juicio del funcionario judicial, la privación inmediata de la libertad no perturba la buena marcha de la administración.

En criterio de esta Dirección Jurídica se puede considerar, de conformidad con las normas citadas, que si el Juez impone medida de aseguramiento en contra de un servidor público, en la misma providencia debe solicitar a la autoridad respectiva la suspensión en el ejercicio del cargo.

Ahora bien, en el caso que no se haya definido la situación jurídica del sindicado empleado; es decir, no se haya determinado su responsabilidad en los delitos de que se acusa, se considera que no habrá lugar al retiro del servicio. En caso de que el juez haya determinado su responsabilidad de los delitos, y se hubiere impuesto la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, esta sanción debe aplicarse y ejecutarse simultáneamente con la pena principal.

En este último caso, si se trata de un empleado vinculado en un cargo de carrera o uno de libre nombramiento y remoción, la administración deberá retirarlo del servicio, teniendo en cuenta que la ley contempla como una de las causales de retiro "por orden o decisión judicial", que para el caso sería la inhabilitación para el ejercicio de los derechos y funciones públicas a que fue condenado el empleado.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilitaciones 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 [/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

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.
2. Proceso N° 17576 De 2001 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:49:39