



Concepto 271961 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000271961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000271961

Fecha: 30/06/2023 11:52:54 a.m.

Bogotá D.C.

REF: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Suspensión en el ejercicio del cargo. Decisión judicial de privación de la libertad de un empleado público. RAD. 20239000606232 del 8 de junio de 2023.

En la comunicación de la referencia, informa que un servidor público de carrera administrativa del Ministerio del Trabajo, se encuentra suspendido del servicio desde el 22 de mayo de 2015 toda vez que se encuentra recluso en un centro penitenciario por un proceso penal que cursa en su contra; el Ministerio del Trabajo ha venido realizando los aportes patronales a seguridad social. Con base en la información precedente, consulta lo siguiente:

¿Esta Cartera Ministerial debe seguir realizando los aportes patronales hasta que el servidor público resuelva de manera definitiva su situación jurídica? ¿En caso de tenerse una condena en firme debe el Ministerio del Trabajo retirar del servicio al servidor público en mención? Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 909 de 2004, "*por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*", sobre el retiro del servicio, indica:

"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;

(...)

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

(...)

Parágrafo 2°. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado." (Se subraya).

Como lo indica la norma, el retiro del servicio de un empleado es reglado, debe estar contenido en la Constitución o en la Ley y debe efectuarse de manera motivada. Una de las causales es la decisión judicial.

Según lo informado en su consulta, el empleado se encuentra suspendido de su empleo, mientras se decide su situación judicial.

Sobre el particular, 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 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.

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 pertenece.

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.[...]¹ (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.

No sobra señalar que el Decreto 1083 2015, *"por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"*, contempla como vacancia temporal y como situación administrativa la suspensión en el ejercicio del cargo, así:

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

Vacaciones. Licencia. Permiso remunerado. Comisión, salvo en la de servicios al interior. Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular. Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial. Período de prueba en otro empleo de carrera. Descanso compensado" (Se subraya).

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:

En servicio activo. En licencia. En permiso. En comisión. En ejercicio de funciones de otro empleo por encargo. Suspendido o separado en el ejercicio de sus funciones. En periodo de prueba en empleos de carrera. En vacaciones. Descanso compensado."

Debe señalarse que la entidad en la que se encuentra vinculado el empleado, con base en una decisión disciplinaria, fiscal o judicial, declara suspendido a un empleado público, sea de manera provisional (mientras se emite un fallo) o por imposición de la sanción de suspensión.

Sobre el aporte a la Seguridad Social, el Consejo de Estado, "En efecto, durante la ocurrencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, el servidor queda transitoriamente separado del ejercicio de su cargo, es decir, se presenta una interrupción de la relación laboral entre el servidor y la Administración y por ende durante su vigencia no percibe remuneración alguna y tampoco dicho término puede computarse para efectos prestacionales, no obstante que el vínculo laboral se mantiene vigente y es por ello que culminado el período de licencia o de sanción, el servidor debe reincorporarse inmediatamente a su empleo so pena de incurrir en abandono del cargo.

En este orden de ideas, puede concluir la Sala que la licencia no remunerada y la suspensión disciplinaria que no comporte retiro definitivo del servicio, no rompen la relación laboral, por lo que es válido afirmar que se mantiene vigente la obligación del empleador de efectuar los aportes al sistema, al igual que ocurre en tratándose de empleador privado, pues no se evidencia una razón jurídica o fáctica que haga procedente el

trato diferente para uno u otro. El exceptuar al Estado en su carácter de empleador, de pagar el aporte a la Seguridad Social está desconociendo uno de los principios pilares del sistema de salud y que no es otro que el de la continuidad en la prestación del servicio de salud por el cual propende nuestro Estado Social de Derecho.

(...)

Consecuente con lo hasta aquí expuesto, considera la Sala que suspender el pago de los aportes a la seguridad social cuando se presenta suspensión en el ejercicio de las funciones por parte del trabajador, implica para éste, el desconocimiento de los derechos a la permanencia y continuidad en el sistema.

Aunado a lo anterior, no se evidencia una causa que justifique la exoneración que la norma le hace al Estado de no cancelar los aportes cuando el servidor se encuentra en licencia no remunerada o ha sido sancionado disciplinariamente con suspensión, contrario a lo que ocurre en tratándose de empleador privado el que aún en presencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, está en la obligación de pagar los aportes que a él le corresponden con base en el último salario base reportado.

Así las cosas, al no tener fundamento la exoneración al Estado del pago de la cotización cuando el servidor público está suspendido del ejercicio de sus funciones por sanción disciplinaria o por licencia no remunerada, se impone la anulación del aparte normativo demandado, por vulnerar los principios de igualdad, solidaridad, continuidad y reserva de la ley como ejes centrales del Sistema de Seguridad Social.

Consecuente con lo hasta aquí expuesto, encuentra la Sala que el gobierno al exonerar al Estado del pago de los aportes a la seguridad social cuando los servidores públicos se encuentren en licencia no remunerada o hayan sido suspendidos por falta disciplinaria de sus cargos, además de vulnerar el principio de igualdad frente al empleador privado, desbordó la potestad reglamentaria, en cuanto tal y como se consignó en los párrafos precedentes, la obligación de cotización al sistema es un deber legal que no contempla como causales de exoneración la licencia o la sanción disciplinaria de suspensión en las que a pesar de presentarse suspensión en el cumplimiento de las funciones del servidor, se mantiene vigente la relación laboral." (Se subraya).

Así las cosas, mientras no se rompa el vínculo laboral entre la administración y la persona que se encuentra suspendida en el ejercicio de su empleo, se mantiene vigente la obligación del empleador de efectuar los aportes al sistema

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección considera que ese ministerio deberá seguir realizando los aportes patronales hasta que el servidor público resuelva de manera definitiva su situación jurídica, por cuanto no se ha configurado una situación que la legislación contemple como causal de retiro del servicio. Siendo su relación laboral totalmente reglada, no podría la administración suspender el pago de los aportes patronales pues, en estricto sentido, la relación laboral continúa, aunque suspendida por razón judicial.

La decisión de su vinculación o desvinculación está fincada en la providencia judicial que adopte la justicia colombiana. Sólo de esta decisión judicial sobre el empleado que se encuentra suspendido podrá inferirse la forma de actuar de la administración.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestornormativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó y aprobó Armando López Cortés

11602.8.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Proceso N° 17576 De 2001 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Fecha y hora de creación: 2024-09-27 00:32:52