



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
Departamento Administrativo
Servicio Civil

OAJ 0453

Bogotá, D. C. 5 MAR. 2009

Señor
JOHN ALBERTO RAMOS CARDENAS
Profesional Especializado Talento Humano
HOSPITAL SANTA CLARA - E.S.E.
Carrera 15 No. 1-59 Sur
Bogotá, D. C.

ASUNTO: 0517-0518-09/Cumplimiento de sentencias judiciales.

Apreciado señor Ramos:

Damos atenta respuesta a sus consultas, contenidas en el asunto de la referencia, siendo radicadas bajo los Nos. 0517 y 0518 del 20 de febrero de 2009, en los siguientes términos:

El artículo 22 del Decreto 1950 de 1973, dispone: "Para efecto de su provisión se considera que un empleo está vacante definitivamente:

1. (...).
2. Por declaratoria de insubsistencia.
3. Por destitución. (...)" Subrayas fuera del texto.

El artículo 23, ibídem, estipula: "Para los mismos efectos se produce vacancia temporal cuando quien lo desempeña se encuentra:

1. (...). y
6. En los casos de suspensión en el ejercicio del cargo". (Subrayas fuera del texto).

El artículo 58, ibídem, dispone: "Los empleados vinculados regularmente a la administración, pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas:

a) (...).

h) Suspendido en ejercicio de sus funciones" (Subrayas fuera del texto).

El artículo 105, ibidem, establece: "El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce:

1. Por declaración de insubsistencia del nombramiento. (...).(Subrayas fuera del texto).

El artículo 41, de la Ley 909 de 2004, estipula: "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:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (...);
- k) Por orden o decisión judicial; (...)". (Subrayas fuera del texto).

El Consejo de Estado, en pronunciamiento del 14 de agosto de 1993, expediente No. 5473, expresó: "(...). La declaración de insubsistencia es una figura autónoma del derecho público que pone término a la relación legal y reglamentaria del empleado con la administración, cuyo origen, regulación y efectos son bastante diferentes a la revocación directa, que se rige por normas y principios igualmente propios e independientes. (...)" (Subrayas fuera del texto).

La misma Corporación, en pronunciamiento del 10 de marzo de 1972, expresó: "(...). Las autoridades administrativas están en la obligación de suspender a un empleado que se halle en el ejercicio de sus funciones, cuando así se le solicite para efectos de cualquier investigación penal. Pero esta medida no puede ser indefinida. Termina ella tan pronto termina la investigación respectiva, pudiéndose presentar, entonces, dos casos, a saber: si el funcionario suspendido es condenado, la suspensión hasta ese momento vigente, desaparece y debe, de inmediato, ser destituido del cargo que ocupaba. Pero, si, en cambio, al funcionario suspendido no se le comprueban los cargos o se ordena cesar todo procedimiento por hallarse prescrita la acción, entonces la Administración Pública está obligada a restituirle en el cargo y a pagarle los sueldos y demás emolumentos dejados de devengar durante el tiempo en que estuvo separado del servicio." (...)" (Subrayas fuera del texto)



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Departamento Administrativo

Servicio Civil

El consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, con la Ponencia del Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA, al resolver el asunto radicado bajo el número 12310 de 1997, sobre suspensión provisional, en lo pertinente manifestó: "(...). Como sucedió en el caso sub judice, si se decreta la prescripción de la acción y se ordena una cesación de procedimiento, tiene la prerrogativa del restablecimiento de sus derechos. Es esta la consecuencia lógica que resulta de no comprobarse al funcionario los cargos que sirvieron de base para decretar la suspensión, pues ésta es una medida de carácter transitorio y no lo separa definitivamente del servicio, razón por la cual su situación laboral frente al Estado debe retrotraerse a la fecha en que fue suspendido del mismo. A juicio de la sala la administración no restableció en forma completa el derecho de la actora, pues lo reintegró en su cargo pero no le pagó los salarios que había dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones durante el periodo de suspensión

Dimana de lo anterior que la demandante tiene derecho al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir en el periodo reseñado, y a que para todos los efectos legales se considere que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio. (...)". (Subrayas fuera del texto).

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia 1799 del 20 de enero de 2000, sobre suspensión del empleado investigado penalmente, manifestó: "(...) la suspensión que genera el nominador con fundamento en la solicitud de una autoridad judicial, para poder hacer efectiva la orden privativa de la libertad de un empleado público, tiene un carácter singular, dado que no la toma el funcionario judicial que conduce el proceso penal, quien carece de facultades para influir sobre la continuidad del servicio del afectado, sino que la adopta el nominador por hechos que se encuentran ligados a la investigación penal, al margen de cualquier proceso disciplinario que se adelante.

En este orden de ideas, las autoridades administrativas están en la obligación de suspender a un empleado que se halle en ejercicio de sus funciones, cuando así se lo solicite la autoridad competente para efectos de la investigación penal, como sucedió en el caso de autos. (...)". (Subrayas fuera del texto).

El Consejo de Estado en 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. (...).

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 (CCA, art. 66, num. 4º) que consiste en el futuro incierto del



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Departamento Administrativo
Servicio Civil

proceso; y que el derecho a la remuneración se encuentre 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 posaba 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.

La administración debió reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales correspondientes al término en cuestión, no siendo de recibo el argumento esgrimido por ella en el sentido de que no hubo prestación del servicio, pues ese era el efecto lógico y jurídico del acto de suspensión que expidió y con el cual autorizó, en forma implícita, la no prestación del servicio. (...).

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. (...).

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 del derecho".

Este principio debe aplicarse en este caso porque si bien es cierto el nominador no profirió la orden de suspensión que afectó al trabajador, este tampoco tiene que correr con la carga que por la decisión de autoridad afectó su situación laboral.

(...)" (Subrayas fuera del texto).

El Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto No. 1863 del 15 de noviembre de 2007, sobre el cumplimiento de fallos judiciales, manifestó: "(...). III. Obligatoriedad, cumplimiento y ejecución de las sentencias judiciales.

El concepto de sentencia, junto con los de jurisdicción y acción, constituyen los pilares básicos de la administración de justicia encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas.³

En este orden de ideas, la función jurisdiccional autónoma e independiente que ejercen las corporaciones y las personas dotadas de investidura legal para impartir justicia, se concreta en las sentencias que ponen fin a las controversias sometidas a su conocimiento, las cuales hacen tránsito a cosa juzgada y deben ser observadas, respetadas y acatadas por los particulares y la administración, en forma voluntaria o coercitiva, a través de los mecanismos legales previstos para lograr la efectividad de los derechos en ellas reconocidos. (...)

En concordancia con la teoría general, el artículo 174 del Código Contencioso Administrativo prevé que "las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias para los particulares y para la administración" y no están sujetas a "recursos distintos" a los establecidos en dicho estatuto, de manera que una vez cobren ejecutoria se producen sus efectos. (...).

En estos términos, resulta claro, que las sentencias ejecutoriadas que se dicten tanto en los procesos contenciosos administrativos, como en las acciones constitucionales para proteger un interés colectivo o un derecho fundamental, son órdenes o mandatos que emite el juez dentro de la potestad constitucional y legal de administrar justicia. De ahí que su cumplimiento no depende del ánimo o de la voluntad de la administración pública o de los servidores públicos, pues éstos no tienen la potestad de acogerlas o no, ni de evaluar si su cumplimiento se posterga en el tiempo.

El Código Contencioso Administrativo y las normas que regulan el procedimiento en las acciones constitucionales citadas, por el contrario, señalan expresamente que las sentencias ejecutoriadas son obligatorias, no están sujetas a recursos distintos a los en ellas consignados y su cumplimiento es inexcusable e impostergable, máxime cuando en dichos fallos se protege un derecho fundamental o colectivo.

Con fundamento en la autonomía del poder judicial derivada de la separación de poderes y del derecho al acceso a la administración de justicia que tienen todos los ciudadanos, las decisiones de los jueces, como ya se expuso en el acápite anterior,

son de obligatorio cumplimiento para la administración y los particulares en los términos y condiciones previstos en cada providencia. (...).

Es tan cierto que el cumplimiento y ejecución de sentencias no suponen un incumplimiento de las exigencias de la ley de garantías, que por ejemplo en materia de reintegros, vale la pena adicionalmente señalar que la jurisprudencia de esta Corporación, con acierto ha considerado que dicha orden no es un "nombramiento, es simplemente la ejecución de la decisión judicial que al anular el acto de desvinculación declara la ficción jurídica de que el actor jamás estuvo por fuera del servicio" (Subrayas fuera del texto).

La Ley 599 de 2000, "Por el cual se expide el Código Penal", en su artículo 43, dispone: "De las penas privativas de otros derechos. Son penas privativas de otros derechos:

1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
2. La pérdida del empleo o cargo público. (...). (Subrayas fuera del texto).

La Ley 906 de 2004, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal", en su artículo 20, sobre la doble instancia, consagra: "Doble instancia. Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación. (...)." (Subrayas fuera del texto).

El artículo 21, ibídem, dispone: "Cosa juzgada. La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, (...)"

Con fundamento en lo anterior, esta Oficina absolverá las inquietudes de su consulta y sobre las cuales se puede pronunciar, previo resumen de las mismas, en los siguientes términos:

PREGUNTAS 1, 2, 3, 4, 5 y 6 – FUNCIONARIO CARLOS JULIO JIMENEZ OSORIO:

¿Ante los actos administrativos de suspensión de un funcionario, se entiende insubsistente el funcionario, en qué momento? Y bajo qué marco legal?.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
Departamento Administrativo
Servicio Civil

¿ El procedimiento realizado por la entidad, se ajusta a las normas legales, previstas para los funcionarios provisionales?.

A los funcionarios que en su momento tenían a cargo dicho proceso se les tendría que abrir (sic) algún tipo de responsabilidad disciplinaria?.

Para futuras eventualidades de los funcionarios que presenten dicha situación desde que momento son considerados insubsistentes y bajo que marco legal esta soportado?.

RESPUESTA:

En relación con los numerales 1, 2, 4 y 5 de la consulta, es importante hacer las siguientes precisiones:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del C.C.A, las sentencias que profieran las autoridades judiciales, son de obligatorio cumplimiento para la administración en los términos y condiciones previstos en cada providencia.

Un funcionario privado de la libertad, **conserva su condición de empleado público**, hasta tanto, se defina su situación jurídica de manera definitiva, (ya sea por fallo de condena o absolución). Si se profiere sentencia absolutoria, la entidad tendrá que restablecer sus derechos como empleado público.

De otra parte, vale la pena aclarar que la **declaración de insubsistencia**, se constituye en una figura autónoma, en virtud de la cual la administración pone término a la relación legal y reglamentaria del empleado con la administración, lo cual implica la **cesación en el ejercicio de funciones públicas por parte del funcionario y en consecuencia, se produce de manera inmediata la vacancia del empleo con carácter definitivo**. (arts. 22 y 105 del Decreto 1950 de 1973). La suspensión del funcionario en el ejercicio del cargo, se puede presentar en virtud de mandamiento judicial, u orden administrativa, en la cual **no opera la desvinculación definitiva del servicio** y por lo tanto, **conserva su status de funcionario activo**, así no éste prestando sus servicios a la administración, trayendo como consecuencia la **vacancia temporal del cargo** y ante el cual la administración si lo considera pertinente y por necesidades del servicio, **podrá proveer dicho empleo de manera transitoria**, ya sea por encargo o por nombramiento provisional, en tratándose de un cargo de carrera administrativa. (arts. 23 y 58 Decreto 1950 de 1973).

Ahora bien, respecto de los hechos enunciados por los cuales se presume que algunos funcionarios se pueden encontrar incursos en una acción disciplinaria, le manifestamos que este Departamento no tiene competencia



**ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.**

Departamento Administrativo
Servicio Civil

legal para pronunciarse sobre el asunto, aunado al hecho de que facultad para adelantar la correspondiente investigación por las posibles faltas disciplinarias cometidas por los servidores públicos de la entidad, radica en la Oficina de Control Interno Disciplinario de la misma.

Sobre los numerales 3 y 6 de su consulta y que corresponden a un tema propio de carrera administrativa sobre los cuales este Departamento no tiene competencia para pronunciarse de fondo, se remite la consulta, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, de donde provendrá la respuesta.

PREGUNTA 1 - FUNCIONARIO FABIAN PRIETO SILVA:

Al haberse proferido sentencia condenatoria contra un funcionario de la entidad, a partir de que momento se debe proferir al acto administrativo de insubsistencia?

RESPUESTA:

Teniendo en cuenta que se profirió en primera instancia sentencia condenatoria de pena de prisión, contra el funcionario, y dicha providencia fue recurrida en apelación por los defensores del condenado, consideramos que hasta tanto, no se encuentre ejecutoriada la sentencia, la administración, no podrá expedir el acto administrativo de insubsistencia, más si se considera que el artículo 43 de la Ley 599 de 2000, consagra que la pena privativa de la libertad, conlleva la pérdida de otros derechos, como es el de la pérdida del empleo y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, entre otros, sobre lo cual se manifestará el juez competente cuando profiera la sentencia definitiva.

PREGUNTAS 2, 3 y 4:

En el evento de expedirse el acto administrativo de insubsistencia del funcionario, se declara vacante el cargo?

De ser afirmativa la pregunta anterior se deberá realizar la liquidación correspondiente y a partir de que fecha?

Con que porcentaje de incremento salarial se deberán liquidar sus prestaciones, si es desde el momento que se declaró suspendido o el de la fecha actual que se declararía la insubsistencia?



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Departamento Administrativo
Servicio Civil

Para efectos de carrera administrativa pierde automáticamente todos sus derechos adquiridos para la inscripción extraordinaria de carrera administrativa ?.

RESPUESTAS:

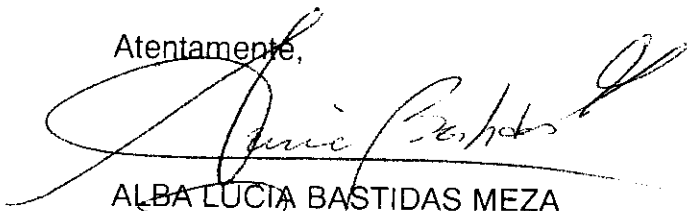
De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 1950 de 1973, se considera que la vacancia definitiva del empleo, se produce con la expedición del acto administrativo de insubsistencia.

Ahora bien, en el evento de que mediante sentencia definitiva se condene al funcionario a pena de prisión y la pérdida del empleo, la entidad sólo deberá reconocer aquellas obligaciones salariales y prestacionales que hubiere causado el funcionario por la prestación de sus servicios, hasta la fecha en que se hizo efectiva la suspensión en el ejercicio del cargo.

Finalmente, sobre el numeral 4 de la consulta y por tratarse de un tema propio de carrera administrativa, sobre la cual no tiene competencia este Departamento, se remitirá dicha solicitud, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, de donde provendrá la respuesta

El presente concepto se emite en los términos del artículo 25 del Decreto 01 de 1984. (C. C. A.).

Atentamente,



ALBA LUCÍA BASTIDAS MEZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica.

Elaboró: MIGUEL ANTONIO CHIA RODRIGUEZ 