

SUSPENSION DEL CARGO POR ORDEN JUDICIAL - Procedencia / ORDEN JUDICIAL - Suspensión del cargo / SALARIOS Y PRESTACIONES - Dejadados de percibir con ocasión de la suspensión del cargo por orden judicial / INVESTIGACION DISCIPLINARIA - Derecho a reintegro y pago de salarios y prestaciones / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - En caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho / SUSPENSION DE CARGO - Condición resolutoria / RELACION LABORAL - No finaliza / PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES - Procedencia al desaparecer la condición resolutoria de la suspensión del cargo por orden jurídico

De acuerdo con el material probatorio que obra en el plenario, se concluye que la Administración dispuso la suspensión del cargo del demandante, por solicitud de la Justicia Penal que había librado orden de captura en su contra, dentro de la investigación que le adelantaba por conductas presuntamente punibles, en ejercicio de sus funciones como empleado público. Posteriormente, lo reincorporó al servicio, con fundamento en la decisión que le concedió la libertad provisional. La investigación penal finalizó en virtud de la providencia que decretó la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal. Si bien no existe una norma que expresamente ordene el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir con ocasión de la suspensión del cargo por virtud de una orden judicial, no se puede dejar de lado que el legislador ha dispuesto que en los eventos en los cuales en el trámite de una investigación disciplinaria se haya ordenado la suspensión provisional del cargo del investigado y la misma concluya con fallo absolutorio, decisión de archivo o de terminación del proceso, o cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia, el implicado tiene derecho al reintegro y al pago de los salarios y prestaciones dejadas de devengar por dicho lapso, en los términos del artículo 158 de la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único. De acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, debe prevalecer aquella que resulte más favorable al trabajador. Siendo así, en el sub examine tiene aplicación la previsión anteriormente señalada, según la cual una vez cesa la suspensión provisional del cargo por finalización de la investigación sin que se haya derivado responsabilidad del servidor, debe ser reintegrado con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir. 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.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012).

Radicación número: 25000-23-25-000-2003-05439-01(0090-09)

Actor: TEODOMIRO CARRILLO GONZALEZ

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Decide la Sala el recurso de apelación contra la sentencia de 22 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

TEODOMIRO CARRILLO GONZÁLEZ por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la nulidad del Oficio 01161 de 17 de febrero de 2003, suscrito por el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, por medio del cual le negó el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el periodo en que permaneció suspendido del cargo que desempeñaba en la Entidad.

Como consecuencia de la nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho pretende que se ordene a la Entidad demandada los salarios, prestaciones sociales y todos los emolumentos dejados de percibir desde el 23 de marzo de 1999 hasta el 7 de marzo de 2002, que se declare que para todos los efectos laborales no ha existido solución de continuidad en el servicio.

Asimismo que se ordenen el pago de los intereses moratorios sobre las anteriores sumas y que a la sentencia se le de cumplimiento en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Como hechos en que sustenta su petición, señala los siguientes:

El actor se vinculó a la Administración pública el 17 de abril de 1980, como Guarda de Aduanas 5160-11 en la Subdirección de Resguardo de la Dirección General de Aduanas.

Posteriormente su cargo fue homologado al de Técnico en Ingresos Públicos II, nivel 26 grado 11 y fue inscrito en el escalafón de carrera administrativa.

Mediante Resolución 2319 de 23 de marzo de 1999 fue suspendido provisionalmente del cargo a petición de la Fiscalía Novena de la Unidad para la Extinción de Dominio y Contra el Lavado de Activos.

El Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá le concedió el beneficio de libertad provisional. Por tal motivo solicitó el su reintegro a la DIAN, el cual se surtió mediante Resolución 1908 de 7 de marzo de 2002. Actualmente se desempeña en la entidad como Técnico en Ingresos Públicos II nivel 26 Grado 12.

El 7 de febrero de 2003 el demandante presentó una petición a la Entidad con el fin de que le fueran reconocidas las sumas por concepto de salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir por el periodo que duró la suspensión provisional, esto es, entre el 23 de marzo de 1999 y el 7 de marzo de 2002.

A través del Oficio 1161 de 17 de febrero de 2003 el Director General de la DIAN, manifestó que no es viable tal reconocimiento, con sustento en una sentencia relacionada con la suspensión en el ejercicio del cargo solicitada por autoridad competente, por una conducta punible que no fue cometida por el servidor en el ejercicio de sus funciones y con ocasión del mismo.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha considerado que si no se comprueban los cargos que sirvieron de base para decretar la suspensión provisional, medida que no separa definitivamente del servicio dado su carácter transitorio, cuando la persona es reintegrada la entidad debe pagarle lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales.

Normas violadas y concepto de la violación.-

Como normas violadas invoca las siguientes:

- Artículos 2, 6, 53 y 90 de la Constitución Política.
- Artículo 8 de la Ley 153 de 1887.
- Artículo 30 del Código Civil.
- Artículo 36, 82 y 85 del Código Contencioso Administrativo.

Como concepto de violación de la normativa señalada expone que se debe dar aplicación a los principios constitucionales establecidos en los artículos 6 (sobre la responsabilidad de los funcionarios en casos de omisión o extralimitación de sus funciones), 53 (sobre la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales) y 90 (sobre la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos imputables por acción u omisión de las autoridades) de la Constitución Política.

Dado que para el asunto en estudio no existen normas de carácter concreto, es preciso dar aplicación a los anteriores preceptos.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad del Oficio 01161 de 17 de febrero de 2003 y en consecuencia, ordenó a la DIAN pagar al actor los salarios y prestaciones dejados de percibir entre el 23 de marzo de 1999 y el 7 de marzo de 2002, con fundamento en las consideraciones que a continuación se resumen:

Cuando la voluntad de suspender en el cargo al servidor proviene del mismo nominador para garantizar la eficacia de la prestación del servicio, en el trámite de una investigación disciplinaria que culmina con fallo absolutorio, el Decreto 1073 de 1999 establece el derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir. Cuando la suspensión se da en virtud de una orden judicial, no existe norma expresa que establezca si se debe o no reconocer tales haberes.

No obstante el artículo 53 de la Constitución Política dispone que se debe dar aplicación al principio más favorable al trabajador. Siendo así no se puede desconocer el derecho del trabajador a percibir los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo que duró la suspensión en el servicio.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que independientemente de la voluntad del nominador en la decisión de suspensión provisional, lo cierto es que existe una relación laboral sujeta a condición resolutoria, siendo así, si el empleado es declarado responsable no tiene derecho a reclamar pero, si es absuelto se le debe pagar las sumas dejadas de percibir durante el término de suspensión.

Respecto de la pretensión de pago del lucro cesante en suma equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir, o al menos en los intereses corrientes de las sumas actualizadas, puesto que el pago de los salarios y prestaciones se reconocen a consecuencia de la suspensión derivada de la orden de la Fiscalía, a

título de restablecimiento del derecho como lucro cesante. Tampoco hay lugar al reconocimiento de intereses corrientes, puesto que en la condena se ordena la actualización de las sumas reconocidas.

RAZONES DE LA APELACIÓN

A folios 220 y siguientes del expediente, obra el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, quien solicita se revoque la decisión de primera instancia con fundamento en las siguientes razones:

La decisión del Tribunal Administrativo omitió el examen de legalidad del acto acusado, el cual se debe realizar con base en el marco normativo y jurisprudencial vigente para la época de su expedición.

Es preciso advertir que la posición jurisprudencial sobre la materia sólo ha sido modificada por el Consejo de Estado recientemente, y no se puede pretender que se declare la nulidad del acto administrativo que al momento de su expedición se ajustó a la ley y a la jurisprudencia vigente para la época.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado solicita se confirme la decisión del A quo. Para el efecto señaló que la medida penal provisional constituye una verdadera condición resolutoria, es decir, la situación laboral del demandante está sometida a una decisión definitiva.

La solicitud de reconocimiento y pago de salarios y prestaciones fue presentada cuando aún no se había dado una decisión definitiva respecto de la situación penal del actor, sin embargo en el trámite del presente proceso fue dictada la resolución de cesación de procedimiento por prescripción de la acción. Es así como la condición resolutoria se cumplió el 11 de agosto de 2006.

Aunque la voluntad de suspender al demandante del cargo no provino de la DIAN, no le impide hacer el reconocimiento deprecado, además tiene a su disposición figuras legales como la denuncia del pleito o la integración de un litis consorcio necesario con la Fiscalía, por su negligencia, sin embargo no hizo uso de ninguna de ellas.

Los efectos retroactivos de la condición resolutoria implican la creación de la ficción de retrotraer los efectos de manera concomitante al reintegro, la cual no lleva implícita la interrupción en la prestación del servicio.

Para resolver, se

CONSIDERA

TEODOMIRO CARRILLO GONZÁLEZ por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la nulidad del Oficio 01161 de 17 de febrero de 2003, suscrito por el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por medio del cual le negó el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones causados por el tiempo que duró suspendido del cargo en virtud de una orden de autoridad judicial.

La entidad demandada en el recurso de apelación aduce que el acto acusado se ajustó para su expedición a las normas y a la jurisprudencia vigente para la época.

Para efectos de decidir, se tiene lo siguiente:

El 19 de marzo de 1999, el Fiscal Noveno de la Unidad para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos puso en conocimiento de la Directora de Impuestos y Aduanas Nacionales la orden de captura librada en contra de algunos de sus funcionarios entre ellos el señor Teodomiro Carrillo González, con el fin de que procediera a la suspensión de los cargos.

Mediante la Resolución 2319 de 23 de marzo de 1999 el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales resolvió suspender del cargo a los servidores relacionados anteriormente, incluyendo al demandante.

El 23 de marzo de 1999 el Jefe de Grupo Ejecutor Desarrollo Humano y Personal de la DIAN le comunicó al actor la suspensión en el cargo.

El Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá, concedió al actor el beneficio de libertad provisional. Por tal motivo Teodomiro Carrillo González solicitó a la DIAN su reintegro en el cargo de Técnico en Ingresos Públicos II Nivel 26 Grado 11 del cual se encontraba suspendido. Dicho reintegro se hizo efectivo a través de la Resolución 1908 de 7 de marzo de 2002.

Mediante petición radicada el 7 de febrero de 2003 el demandante solicitó a la Entidad demandada el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones causadas durante el término que duró la suspensión provisional del cargo, es decir entre el 23 de marzo de 1999 y el 7 de marzo de 2002.

A través del Oficio 1161 de 17 de febrero de 2003 el Director General de Aduanas e Impuestos Nacionales despachó desfavorablemente su solicitud, con fundamento en lo siguiente:

La Fiscalía General de la Nación, a través de sus fiscales, está plenamente autorizada por la ley penal, para ejercer sus funciones, es bien sabido que el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal, le atribuye amplias facultades para investigar a cualquier persona, que dichas disposiciones le dan las herramientas necesarias y legales para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación.

Las decisiones adoptadas por los investigadores, se encuentra preestablecidas en la normatividad penal, ellos deben actuar de acuerdo co las pruebas conducentes y pertinentes oportunamente allegadas a los expedientes.

El reconocimiento de salarios y prestaciones dejadas de percibir durante el tiempo que permaneció en suspensión provisional, sería a título indemnizatorio, por lo tanto, la Entidad no puede resarcir los presuntos daños materiales o morales soportados, toda vez que no existe vínculo de causalidad con los hechos que los pudieron ocasionar. (Folios 3 a 9)

Obra a folio 201 del expediente, el oficio proveniente del Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá en donde informa respecto de las diligencias relacionadas con el proceso penal que cursaba en contra del señor Teodomiro Carrillo González con radicado 007-2002-0056 (387-7), lo siguiente:

“De otra parte me permito informarle que en auto del 11 de agosto del año 2006 este Estrado judicial ordenó el archivo definitivo de la actuación seguida en contra de TEODOMIRO CARRILLO GONZÁLEZ identificado con C.C. No. 3.198.528,

por cuanto el Tribunal Superior de Bogotá decretó la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal; en la actualidad el expediente seguido en contra de CARRILLO GONZÁLEZ se encuentra en el archivo.”

De acuerdo con el material probatorio que obra en el plenario, se concluye que la Administración dispuso la suspensión del cargo del demandante, por solicitud de la Justicia Penal que había librado orden de captura en su contra, dentro de la investigación que le adelantaba por conductas presuntamente punibles, en ejercicio de sus funciones como empleado público. Posteriormente, lo reincorporó al servicio, con fundamento en la decisión que le concedió la libertad provisional. La investigación penal finalizó en virtud de la providencia que decretó la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal.

De la suspensión del cargo en virtud de orden judicial

Si bien no existe una norma que expresamente ordene el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir con ocasión de la suspensión del cargo por virtud de una orden judicial, no se puede dejar de lado que el legislador ha dispuesto que en los eventos en los cuales en el trámite de una investigación disciplinaria se haya ordenado la suspensión provisional del cargo del investigado y la misma concluya con fallo absolutorio, decisión de archivo o de terminación del proceso, o cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia, el implicado tiene derecho al reintegro y al pago de los salarios y prestaciones dejadas de devengar por dicho lapso, en los términos del artículo 158 de la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único.

En tal evento, el pago de las acreencias laborales le corresponde al nominador aunque la orden de suspensión en el empleo haya sido proferida, en acatamiento de lo dispuesto por la Procuraduría General de la Nación.

De acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, debe prevalecer aquella que resulte más favorable al trabajador. Siendo así, en el sub examine

tiene aplicación la previsión anteriormente señalada, según la cual una vez cesa la suspensión provisional del cargo por finalización de la investigación sin que se haya derivado responsabilidad del servidor, debe ser reintegrado con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir.

De otra parte, advierte la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ 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.

Si bien la suspensión del actor no obedeció a la voluntad de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, entidad a la que estaba vinculado

¹ Sentencias de 6 de marzo de 1997, expediente 12.310, Consejero Ponente: Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, y de 25 de enero de 2007, expediente 1618-03, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Paez.

laboralmente, tal circunstancia no la releva de su condición de empleadora y por ende no está exonerada del reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia del acto de suspensión.

En cuanto al restablecimiento del derecho de carácter laboral, la Entidad a la cual estaba vinculado el actor debe asumir tal carga, sin embargo el nominador tiene la posibilidad de repetir contra la Fiscalía General de la Nación, entidad que impartió la orden de suspensión del cargo.

En consecuencia se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió a las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección "A" administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de 22 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda, interpuesta por TEODOMIRO CARRILLO GONZÁLEZ.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO