

SUSPENSION DEL CARGO – Orden judicial / PAGO DE SALARIOS – Suspensión del cargo por orden judicial / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Aplicación

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 dejados 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 presente asunto 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.

SUSPENSION DEL CARGO – No finaliza la relación laboral / CONDICION RESOLUTORIA – Depende del resultado del proceso / CONDICION SUSPENSIVA – Derecho a recibir remuneración / EFECTO RETROACTIVO – Condición resolutoria / PAGO SEGURIDAD SOCIAL Y AUXILIO DE CESANTIA – Procedente. Indexación

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 Código Contencioso Administrativo), 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 fuere 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 retrotraerse 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. Finalmente, en lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago en el presente asunto se determinará por la cuota parte que la Entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones y Cesantías por el período en que estuvo suspendida la actora, correspondiente desde el 22 de marzo de 2006 hasta el 3 de septiembre de 2008,

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 08001-23-31-000-2009-00679-01(1869-11)

Actor: AMANDA SOFÍA TOVAR VISCAYA

Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Autoridades Nacionales.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandante como por la parte demandada contra la sentencia de 30 de marzo de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

ANTECEDENTES

AMANDA SOFÍA TOVAR VISCAYA por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo del Atlántico, la nulidad del Oficio 6900001 de 29 de octubre de 2009, suscrito por el Subsecretario de Personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN y de las Resoluciones 02340 de 31 de diciembre de 2008 y 01158 de 4 de febrero de 2009, proferidas por el Director de Gestión de Recursos y Administración Económica de la misma Entidad, por medio de los cuales le negó el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el periodo en que permaneció suspendida 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 el pago de los salarios, prestaciones sociales y todos los emolumentos dejados de percibir desde el 22 de marzo de 2006 hasta el 3 de septiembre de 2008 y que se declare que

para todos los efectos laborales no ha existido solución de continuidad en el servicio.

Asimismo que se ordene 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:

La actora se vinculó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el 3 de julio de 1992.

El 22 de marzo de 2006 fue detenida en las instalaciones de la Administración de Impuestos de Barranquilla, por orden judicial proferida por la Fiscalía General de la Nación, quien le impuso medida de aseguramiento, fecha desde la cual la DIAN le dejó de pagar los salarios y prestaciones sociales.

Mediante Resolución 04884 de 16 de mayo de 2006 el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la suspendió provisionalmente del cargo de Profesional de Ingresos Públicos II Nivel 31, Grado 24 a petición de la Fiscalía General de la Nación.

Mediante sentencia de 10 de julio de 2008, el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá la absolvió de los hechos y cargos formulados en su contra. Por tal motivo solicitó el reintegro a la DIAN, el cual se surtió mediante Resolución 8265 del 3 de septiembre de 2008.

El 9 de octubre de 2008 la 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 22 de marzo de 2006 hasta el 3 de septiembre de 2008.

La solicitud fue negada mediante los actos administrativos demandados.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.-

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 43, 53, 83 y 228.

- Ley 153 de 1887: Artículo 8.
- Decreto 1072 de 1999: Artículo 76.
- Ley 734 de 2002: Artículo 158.
- Jurisprudencia del Consejo de Estado.

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.

Constituye una carga de imposible cumplimiento la exigencia que hace la DIAN en los actos acusados en el sentido de que para que opere el pago de los salarios y prestaciones sociales en el evento de suspensión en virtud de orden judicial, es necesaria la prestación efectiva del servicio, pues la orden judicial emitida por la Fiscalía General de la Nación y el acto de suspensión emitido por la DIAN, le impidieron cumplir ininterrumpidamente con sus obligaciones laborales.

Por efecto de la sentencia absolutoria, nació para el Estado el deber de restablecerle sus derechos laborales de manera retroactiva, configurándose respecto del acto de suspensión su decaimiento por cumplimiento de la condición resolutoria a que estaba sometido, consistente en el futuro incierto del proceso penal.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y en consecuencia, ordenó a la DIAN pagar al actor los salarios y prestaciones dejados de percibir entre el 22 de marzo de 2006 y el 3 de septiembre de 2008, con fundamento en las consideraciones que a continuación se resumen:

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 deben pagar las sumas dejadas de percibir durante el término de suspensión.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Parte Demandante

El apoderado de la parte actora centra su inconformidad en el hecho de que dentro del restablecimiento del derecho se deben reconocer todas las prestaciones sociales en especial los valores correspondientes a cesantías y pensión, junto con el reconocimiento de los intereses moratorios.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

A folios 266 a 277 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:

Considera que debe prosperar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la pretensión debió orientarse en contra de la Fiscalía General de la Nación por ser la entidad que solicitó y ordenó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la suspensión en el ejercicio del cargo de la demandante.

No existe norma sustantiva que obligue a la DIAN al acatamiento de la sentencia, pues no se especificaron las causas que originaron la nulidad de los actos acusados, pues del material probatorio obrante en el expediente no se deduce.

Finalmente, señala que en caso de aceptar la procedibilidad del pago por parte de la DIAN de los salarios y prestaciones dejadas de percibir, se considera que en la liquidación y reconocimiento económico realizado resulta improcedente, desbordado e ilegal, si se tiene en cuenta que el Tribunal liquidó ciertos incentivos a los que no tiene derecho (Desempeño Grupal, Desempeño en Fiscalización y Cobranza, Desempeño Nacional) por no constituir factor salarial para ningún efecto legal.

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 ya se había dado una decisión definitiva respecto de la situación penal de la actora. Es así como la condición resolutoria se cumplió el 4 de septiembre de 2008.

Aunque la voluntad de suspender a la 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.

Finalmente, respecto a los rubros de pensión y cesantías, deberán reconocerse los valores correspondientes que se causaron en el interregno de la suspensión, pues es de lógica que por el efecto retroactivo de la decisión, todos los valores que conformen salarios, prestaciones sociales y demás ademas deben ser reconocidos.

Para resolver, se

CONSIDERA

AMANDA SOFÍA TOVAR VISCAYA por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo del Atlántico, la nulidad del Oficio 6900001 de 29 de octubre de 2009, suscrito por el Subsecretario de Personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN y de las Resoluciones 02340 de 31 de diciembre de 2008 y 01158 de 4 de

febrero de 2009, proferidas por el Director de Gestión de Recursos y Administración Económica de la misma Entidad, por medio de los cuales le negó el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el periodo en que permaneció suspendida del cargo en virtud de una orden de autoridad judicial.

La demandante en el recurso de apelación solicita el reconocimiento de prestaciones laborales no incluidas dentro de la certificación expedida por el Subdirector de Gestión de Personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tales como la cesantías y los aportes al Sistema de Seguridad Social integral en materia de pensión, junto con los intereses moratorios.

Por su parte, 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.

Considera que debe prosperar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva pues el llamado a responder es la Fiscalía General de la Nación y que en caso de aceptar la procedibilidad del pago no se deben tener en cuenta los incentivos por no constituir factor salarial para ningún efecto legal.

Para efectos de decidir, se tiene lo siguiente:

El 16 de abril de 2006, la Fiscalía General de la Nación Unidad Nacional contra el Terrorismo impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de la señora Amanda Sofía Tovar Viscaya y otros.

Mediante Oficio 314-D-12 U.T. de 21 de abril de 2006 puso en conocimiento de la Directora de Impuestos y Aduanas Nacionales la orden de captura, con el fin de que procediera a la suspensión de los cargos.

El Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante la Resolución 04884 de 16 de mayo de 2006 resolvió suspender del cargo a los servidores relacionados anteriormente, incluyendo a la demandante.

El Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, mediante providencia de 10 de julio de 2008 absolvió a la actora de los hechos y cargos por los delitos de concierto para delinquir, cohecho propio y falsedad material en

documento público que le formuló la Fiscalía General de la Nación y le concedió la libertad provisional. El fallo antes mencionado quedó debidamente ejecutoriado el 25 de agosto de 2008.

Por tal motivo Amanda Sofía Tovar Viscaya solicitó a la DIAN su reintegro en el cargo de PROFESIONAL EN INGRESOS PÚBLICOS II NIVEL 31 GRADO 23, del cual se encontraba suspendida. Dicho reintegro se hizo efectivo a través de la Resolución 08265 del 3 de septiembre de 2008.

Mediante petición radicada el 9 de octubre de 2008 la 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 22 de marzo de 2006 y el 3 de septiembre de 2008.

A través del Oficio 6900001 de 17 de 29 de octubre de 2008 el Subsecretario de Personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales despachó desfavorablemente su solicitud, con fundamento en lo siguiente:

... Le manifestamos que lamentablemente no es posible acceder positivamente a lo peticionado en razón a que los pagos solicitados solo son viables por servicios efectivamente prestados, como en el presente caso no se prestó el servicio no se accede favorablemente a lo solicitado.

Es bueno señalar que la jurisprudencia del Consejo de Estado que cita para viabilizar el pago de los emolumentos reclamados, fue objeto de análisis por parte de la Secretaría General de la Entidad y para el efecto emitió el concepto 08483 del 16 de julio de 2007 donde señaló que no es procedente que la entidad en estos casos efectúe pago alguno (folio 63).

Mediante Resolución 01158 del 4 de febrero de 2009 el Director (E) de Gestión de Recursos y Administración Económica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales confirmó la anterior decisión al considerar lo siguiente:

...El artículo 158 de la Ley 734 de 2002 aplica únicamente en aquellos casos en los cuales el funcionario ha sido suspendido dentro de un proceso disciplinario adelantado por la Entidad y que por las razones expuestas en el artículo en comento el funcionario haya sido reintegrado a su cargo

o función; el mismo tendrá derecho a que la entidad le reconozca y pague la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión; así las cosas, para este despacho, es claro que esta disposición no es de aplicación para los casos en que la suspensión del ejercicio de las funciones de un servidor público, se efectúa por orden judicial emitida por autoridad competente.

De acuerdo con el material probatorio que obra en el plenario, se concluye que la Administración dispuso la suspensión del cargo de la demandante, por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, entidad 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 empleada pública. Posteriormente la reincorporó al servicio con fundamento en la decisión que la absolvió y le otorgó la libertad provisional.

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 dejados 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 presente asunto 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 Código Contencioso Administrativo), 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 fuere 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 retrotraerse 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 de la actora al servicio debieron reconocérsele los derechos salariales y prestacionales, por tal periodo.

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

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.

En cuanto al restablecimiento del derecho de carácter laboral, la Entidad a la cual estaba vinculada la actora 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.

No es de recibo el argumento de la Entidad demandada al señalar que no se deben tener en cuenta la totalidad de las prestaciones dejadas de percibir tales como los incentivos por Desempeño Grupal, Desempeño en Fiscalización y Cobranza y Desempeño Nacional pues la actora tiene derecho a su reconocimiento si se tiene en cuenta que los hubiera devengado en el normal desarrollo de sus funciones. De igual manera así lo certificó el Subdirector de Gestión de Personal de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (folios 203 y 204).

Reconocimiento de Cesantías y aportes al Sistema de Seguridad Social integral en materia de pensión

Finalmente, en lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago en el presente asunto se determinará por la cuota parte que la Entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones y Cesantías por el período en que estuvo suspendida la actora, correspondiente desde el 22 de marzo de 2006 hasta el 3 de septiembre de 2008,

Finalmente no hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios comoquiera que el reconocimiento de los salarios y las prestaciones sociales se realizó de forma indexada. Por ello, según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, el reconocimiento de ambos conceptos implicaría un doble pago por la misma causa.

En consecuencia se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico en cuanto declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y se adicionará el numeral TERCERO en cuanto dentro del restablecimiento del derecho se deberán tener en cuenta las sumas correspondiente al pago de las Cesantías y los aportes de la seguridad social en pensión.

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.

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 30 de marzo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda, interpuesta por AMANDA SOFÍA TOVAR VISCAYA.

ADICIÓNASE el numeral TERCERO de la sentencia del 30 de marzo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en cuanto dentro del restablecimiento del derecho se deberá tener en cuenta las sumas correspondiente al pago de las Cesantías y los aportes de la seguridad social en pensión por el mismo período.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO