

**ABANDONO DEL CARGO - Requisitos. Marco normativo y jurisprudencial /
ABANDONO DEL CARGO - Desviación de poder en proceso disciplinario /
DESTITUCION POR ABANDONO DEL CARGO - Nulidad / REINTEGRO -
Procedencia / PRUEBAS - Decretada una nulidad procesal no pueden
valorarse / ABANDONO DEL CARGO - No se configura al haberse otorgado
vacaciones**

Para declarar la vacancia por abandono del cargo debe tenerse en cuenta que esta causal de retiro del servicio requiere agotar un proceso a través del cual se verifique plenamente el presupuesto objetivo que contienen las normas para declarar tal situación: la falta al trabajo durante un lapso de tres (3) días continuos sin justificación. Tal trámite tiene como condición esencial de validez, el respeto de los derechos de contradicción y de defensa del funcionario a quien se acusa de faltar al trabajo, aportando pruebas y contravirtiendo las que la administración considera para imponer el retiro del servicio. De suerte que la inasistencia del actor a su trabajo, se encuentra plenamente justificada en el acto administrativo que otorgó sus vacaciones y en consecuencia se vislumbró una situación atípica pues la construcción de la conducta disciplinaria se configuró bajo el supuesto de tener que esperar a la expedición de un acto administrativo que eventualmente respondiera de manera negativa su petición. La figura del abandono del cargo así concebida, contraría no sólo los pilares elementales de la administración pública y de justicia sino también los presupuestos establecidos en el Decreto 1950 de 1973 que antepone la ausencia sin justificación alguna, como requisito sine qua non para determinar la tipicidad, la cual en éste caso no obró pues ya está visto que medió un acto administrativo, que no había sido revocado por la administración, ni anulado o suspendido por la jurisdicción contenciosa. En ese sentido mal podría entenderse que el acto por el cual se dio respuesta a la petición de aplazamiento pudiera anular tácitamente el que otorgó las vacaciones, pues lo pretendido con dicha solicitud debía tener pronta respuesta por parte de la administración y no cuando prácticamente ya había transcurrido el término por el cual supuestamente iba a disfrutar de sus vacaciones (pues debido a sus problemas familiares no pudo hacerlo) conduciendo al actor a una situación confusa sólo para tener una excusa en su decisión de retirarlo del servicio. Por estas razones considera la Sala que ciertamente como se expresó en la demanda, existió desviación de poder pues desde el inicio del proceso disciplinario se evidenció el afán por parte de la administración para la apertura del mismo, lo cual condujo a punto tal que aquel tuviera que ser anulado en primera instancia. Observándose entonces una pretensión completamente ajena al buen servicio público, dadas las características de la forma como se llevó el proceso así como también que éste ni siquiera hubiera debido iniciarse debido al acto administrativo que justificó la ausencia del actor. El proceso disciplinario no gozó de una buena conducción desde el inicio, tan es así que mediante auto de 7 de noviembre de 2001, el Presidente de la República declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de indagación preliminar por haber sido expedido por un funcionario que no tenía la competencia para ello, dejando a salvo las pruebas practicadas supuestamente de manera legal, lo cual en este caso es una total contradicción pues alejados del principio de la inmediación de la prueba, la administración pretendió valer el recaudo probatorio existente sin tener en cuenta la nulidad anteriormente señalada, situación que impedía acoger las pruebas, a pesar de ser legales, pues pese a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso han debido excluirse. Por los razonamientos anteriormente expuestos, no procedía la declaración de vacancia por abandono del cargo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil ocho (2008).

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-10055-01(3742-04)

Actor: HILARIO JOSE ARIZA GOMEZ

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante dentro del proceso de la referencia, contra la sentencia del 10 de marzo de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Subsección "B", mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1.- El actor, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la nulidad de las resoluciones Nos. 264 del 18 de febrero de 2002 y 58 del 29 de abril del mismo año, mediante los cuales se expidieron los fallos de primera y segunda instancia por parte de la Secretaria General del Ministerio de Educación Nacional y el Presidente de la República, respectivamente, dentro del procedimiento disciplinario No.0107 seguido en su contra, por medio del cual se le sancionó con destitución del cargo de Jefe de Oficina código 0137 grado 16 e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de dos años.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría, el pago de los salarios y demás prestaciones dejados de devengar, sin solución de continuidad, desde el retiro hasta el efectivo reintegro; que se condene a las demandadas al pago de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios a que haya lugar; que se ordene dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.; y que se condene a las demandadas a reconocer y pagar a su favor las agencias en derecho que genere el proceso.

2.- Narró el actor, mediante su apoderado, que es abogado de profesión, padre de familia y que su pasión por la literatura lo ha llevado a escribir distintas obras como En un pueblo sin nombre, El hijo de la dama de San Lorenzo, Tatuajes del poder y Peregrinos de Sol y Luna, entre otras, con las que ha alcanzado ser reconocido escritor nacional en este género.

Expresó que encontrándose en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora de Control Interno del Ministerio de Educación Nacional, y tras el nombramiento del doctor Francisco José Lloreda como nuevo Ministro, la situación se tornó tensa porque el Presidente de la República reasumió la titularidad de nombrar y remover a los Jefes de las Oficinas Asesoras de Control Interno del Nivel nacional.

Afirmó que mediante la Resolución No. 3391 del 14 de diciembre de 2000 se le concedieron vacaciones por el término de 15 días hábiles, por haber laborado entre el 2 de octubre de 1999 y el 1º de octubre del 2000, las cuales comenzó a disfrutar desde el 29 de diciembre del 2000. No obstante, el 27 de diciembre solicitó a la administración fueran aplazadas las mismas, a partir del 5 de enero del 2001, en virtud de una incapacidad temporal de su pequeña hija que

padecía una enfermedad viral, por lo que en su sentir, no tenía que permanecer laborando en el cargo por cuanto la Resolución 3391 estaba vigente.

Dijo que mientras le respondían a su petición, salió al disfrute de sus vacaciones, y en ese interregno llamó en varias oportunidades al Ministerio para saber cómo iba dicho trámite pero sólo hasta el 4 de enero de 2001 mediante la Resolución No. 0020, fue resuelta la solicitud, la cual se le comunicó el 12 de enero de 2001 cuando ya había transcurrido el tiempo para el aplazamiento y por ende ello ya no era posible.

3. En el acápite de normas violadas y concepto de la violación citó como violados los artículos 29 de la Constitución Política; 4, 5, 14, 27 (numeral 1º y 7 literal a), 34, 92, (numerales 1º, 5º, 6º y 7º), 93 (numerales 1º y 5º) de la Ley 200 de 1995.

Argumentó la violación del artículo 29 de la Carta Política y 4 y 5 de la ley 200 de 1995 porque que bajo el amparo de la presunción de legalidad de la Resolución 3391 del 14 de diciembre de 2000, y contra la cual no cabía ningún recurso, la solicitud de aplazamiento en nada enervaba los efectos del primer acto y por ende no tenía que permanecer laborando en el cargo; lo que generó entonces una violación al principio de tipicidad pues la administración ideó una conducta que no tuvo ocurrencia y por el contrario hizo una adecuación típica artificiosa para forzar el trámite procesal, más si se tiene en cuenta que con posterioridad el proceso en primera instancia fue declarado nulo por haber sido iniciado por un funcionario que no era el competente.

Igualmente aseguró que se violaron los artículos 14, 27 y 92 pues el elemento de la culpa no fue evaluado por el operador disciplinario máxime si la simple demostración objetiva de la conducta no puede dar lugar a que en un proceso penal o disciplinario se imponga una sanción.

Sostuvo que en el auto de cargos del 13 de diciembre de 2001, se emitieron circunstancias fácticas y jurídicas que concurrieron con la conducta, como criterios a tener en cuenta para graduar la falta, pero, en el fallo de primera instancia se tomaron nuevos elementos fácticos y jurídicos no precisados en dicho auto, como entre otros que a sabiendas de que no iba a permanecer al servicio solicitó aplazamiento de sus vacaciones y que el fallo se apoyó en normas no invocadas en el auto de cargos como el artículo 6º de la Constitución y 40 numeral 1º de la Ley 200 de 1995. Por lo que se violó el derecho al debido proceso y el principio de congruencia.

Terminó arguyendo la causal de nulidad de desviación de poder por cuanto las intenciones que motivaron su retiro se apartaron de todo el derrotero legal que dieron prevalencia a las retaliaciones de la Secretaria General, tornándose entonces en un poder disciplinario arbitrario por haber sido utilizado con un fin diferente al buen servicio.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Departamento Administrativo de Presidencia de la República contestó la demanda (Fl. 139-146) oponiéndose a las pretensiones de la misma y precisando además que la investigación fue iniciada por la inasistencia del actor al cargo que desempeñaba durante los días 28 en horas de la tarde, y 29 de

diciembre de 2000, 2, 3 y 4 de enero del 2001, lo que evidenció el abandono del cargo.

Manifestó que la actuación del actor vislumbró un hecho real y cierto consistente en que faltando dos días para salir a vacaciones renunció a este derecho y dio a conocer su decisión de aplazarlas y tomarlas a partir del 5 de enero de 2001, ausentándose injustificadamente desde el 29 de diciembre de 2000, sin dar aviso alguno. Por lo que no se configuró violación del derecho al debido proceso y menos aún el desvío de poder alegado.

A su turno, el **Ministerio de Educación Nacional** (Fls.147-151) aseguró que los actos acusados fueron expedidos con fundamento en las normas que para la época gobernaban a los funcionarios públicos, por no haber asistido a su trabajo durante determinados días, configurándose así abandono del cargo.

Señaló que los actos acusados no están viciados de nulidad alguna pues los vicios que tuvieron fueron corregidos, mediante el auto del 7 de noviembre de 2001, que anuló el proceso disciplinario a partir del auto de investigación preliminar, y ordenó reponer las actuaciones surtidas desde dicho auto, conservando la validez de las pruebas legalmente practicadas.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda (fls. 213-232).

En síntesis consideró que en el expediente está demostrado el abandono del cargo por parte del actor, por su inasistencia a su lugar de trabajo

durante los días 28 en horas de la tarde, 29 de diciembre de 2000, 2, 3, y 4 de enero de 2001, determinándose el carácter de falta gravísima, establecido en el artículo 25 numeral 8º de la Ley 200 de 1995, lo cual se llevó a cabo sin justa causa, conducta que además resulta típica según lo establecido en el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, comprobándose igualmente el aspecto subjetivo de la conducta como lo fue su voluntad.

Estimó que la actuación disciplinaria se sujetó a lo establecido en el artículo 29 constitucional y en la Ley 200 de 1995, ya que se surtieron las etapas procesales y se desarrollaron los principios de congruencia, publicidad y contradicción, por lo que no se violó en forma alguna el derecho al debido proceso y a la defensa.

Por último, trajo a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional y citó un fallo de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El actor, mediante su apoderado, manifestó su inconformidad con el fallo del a quo (fls. 247-251) fundamentándose básicamente en la tesis de atipicidad de la conducta por cuanto se encontraba disfrutando de sus vacaciones, concedidas por un acto administrativo, lo que impedía que hubiera existido abandono del cargo.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado consiste en definir la legalidad del procedimiento seguido por el Ministerio de Educación Nacional para sancionar al actor por abandono del cargo de Jefe de Oficina de Control Interno.

Desde ya se adelanta la Sala a considerar, a diferencia de lo estimado por el a quo, que el procedimiento seguido por el Ministerio de Educación Nacional fue irregular, para lo cual se efectuarán las siguientes precisiones:

Para declarar la vacancia por abandono del cargo debe tenerse en cuenta que esta causal de retiro del servicio requiere agotar un proceso a través del cual se verifique plenamente el presupuesto objetivo que contienen las normas para declarar tal situación: la falta al trabajo durante un lapso de tres (3) días continuos ¹*sin justificación*.

Tal trámite tiene como condición esencial de validez, el respeto de los derechos de contradicción y de defensa del funcionario a quien se acusa de faltar al trabajo, aportando pruebas y controvirtiendo las que la administración considera para imponer el retiro del servicio.

En el presente caso se encuentra probado que mediante la Resolución No. 3391 del 14 de diciembre de 2000, la administración le concedió al actor 15 días de vacaciones por el período comprendido entre el 2 de octubre de

¹ Decreto 1950 de 1973, artículo 126 numeral 2º.

1999 y el 1º de octubre del 2000, para disfrutarlas a partir del 29 de diciembre de ese año y hasta el 22 de enero de 2001. (FIS. 188-197)

Igualmente aparece demostrado que el 27 de diciembre de 2000, el demandante presentó un oficio a la Secretaria General del Ministerio de Educación Nacional, en el que solicitaba autorización para disfrutar sus vacaciones a partir del 5 de enero del 2001, “por dificultades presentadas a última hora”. (fl. 79).

A su turno, se acreditó que mediante la Resolución 0020 del 4 de enero del 2001 (fl. 74) la Secretaria General resolvió aplazar por necesidades del servicio el disfrute de las vacaciones concedidas mediante Resolución 3391 del 14 de diciembre de 2000 para ser disfrutadas a partir del 5 al 26 de enero del 2001 la cual fue comunicada sólo hasta el 12 de enero de 2001 al actor –Fl. 80.

Igualmente aparecen los testimonios de las señoras Luz Clemencia Ojeda, Carmen Alicia Santos Espitia, Jazmine de los Dolores Niño García y la doctora Ana Victoria Navarro, las cuales señalaron que el actor faltó al trabajo durante los días de enero (anexo de pruebas); y que lo vieron sólo hasta el 28 de diciembre del medio día (anexo).

Así mismo, obran las Resoluciones Nos. 264 del 18 de febrero de 2002, por las cuales la Secretaria General del Ministerio de Educación Nacional, ordena sancionar al actor con destitución en el cargo de Jefe de Oficina con la inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de dos años; y la No. 58 del 29 de abril de 2002, mediante la cual el Presidente de la República confirma en todas sus partes aquella.

En tales decisiones se consideró respectivamente y entre otras razones, que al haber optado el disciplinado por pedir aplazamiento de sus vacaciones supone la permanencia del funcionario en su sitio de trabajo y no la sujeción a un evento de fuerza mayor o caso fortuito; y que de las pruebas testimoniales y documentales, se demuestra que el disciplinado se ausentó de su oficina desde el medio día del 28 de diciembre de 2000 a pesar de haber solicitado el día anterior, el aplazamiento de las vacaciones que prorrogó a partir del 5 de enero del 2001.

Visto lo anterior, observa la Sala que en atención al principio de presunción legalidad que ampara a los actos administrativos, tanto la administración como el actor debían atender lo establecido mediante la Resolución 3391 de 2000.

De suerte que la inasistencia del actor a su trabajo, se encuentra plenamente justificada en el acto administrativo que otorgó sus vacaciones y en consecuencia se vislumbró una situación ²*atípica* pues la construcción de la conducta disciplinaria se configuró bajo el supuesto de tener que esperar a la expedición de un acto administrativo que eventualmente respondiera de manera negativa su petición.

En efecto, poco importa a la Sala la valoración testimonial que arraiga la ausencia del actor en su puesto de trabajo, ya que ante la inminencia de sus vacaciones, otorgadas mediante acto administrativo proferido por la administración, su deber antes de allanarse a la respuesta que por cualquier

² Velásquez Velásquez Fernando. Derecho Penal General. 2002. "Faltan los elementos esenciales del tipo, como la conducta".

solicitud hubiera efectuado el actor, ya sea de aplazamiento, suspensión o licencia, era entrar al disfrute de las mismas.

La figura del abandono del cargo así concebida, contraría no sólo los pilares elementales de la administración pública y de justicia sino también los presupuestos establecidos en el Decreto 1950 de 1973 que antepone la ausencia sin justificación alguna, como requisito sine qua non para determinar la tipicidad, la cual en éste caso no obró pues ya está visto que medió un acto administrativo, que no había sido revocado por la administración, ni anulado o suspendido por la jurisdicción contenciosa. En ese sentido mal podría entenderse que el acto por el cual se dio respuesta a la petición de aplazamiento pudiera anular tácitamente el que otorgó las vacaciones, pues lo pretendido con dicha solicitud debía tener pronta respuesta por parte de la administración y no cuando prácticamente ya había transcurrido el término por el cual supuestamente iba a disfrutar de sus vacaciones (pues debido a sus problemas familiares no pudo hacerlo) conduciendo al actor a una situación confusa sólo para tener una excusa en su decisión de retirarlo del servicio.

Por estas razones considera la Sala que ciertamente como se expresó en la demanda, existió desviación de poder pues desde el inicio del proceso disciplinario se evidenció el afán por parte de la administración para la apertura del mismo, lo cual condujo a punto tal que aquel tuviera que ser anulado en primera instancia. Observándose entonces una pretensión completamente ajena al buen servicio público, dadas las características de la forma como se llevó el proceso así como también que éste ni siquiera hubiera debido iniciarse debido al acto administrativo que justificó la ausencia del actor.

El proceso disciplinario no gozó de una buena conducción desde el inicio, tan es así que mediante auto de 7 de noviembre de 2001, el Presidente de la República declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de indagación preliminar por haber sido expedido por un funcionario que no tenía la competencia para ello, dejando a salvo las pruebas practicadas supuestamente de manera legal, lo cual en este caso es una total contradicción pues alejados del principio de la ³*inmediación de la prueba*, la administración pretendió valer el recaudo probatorio existente sin tener en cuenta la nulidad anteriormente señalada, situación que impedía acoger las pruebas, a pesar de ser legales, pues pese a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso han debido ⁴excluirse.

Por los razonamientos anteriormente expuestos, no procedía la declaración de vacancia por abandono del cargo, pues la misma administración había avalado un acto administrativo expedido por ella, el cual se presume legal.

Respecto del restablecimiento del derecho, la Sala revocará la decisión del A quo, porque encuentra probado que el actor se ausentó a su labor, con fundamento legal que así lo amparaba. En efecto, el demandante logró acreditar una causa real de justificación de su ausencia en el cumplimiento de las funciones asignadas por reglamento a su cargo, la cual era el acto administrativo por el cual se le otorgaron sus vacaciones, sin que pudiera haber entonces un

³ La prueba en el procedimiento colombiano. Defensoría del Pueblo. 2008. "La inmediación es el contenido directo del juez con las demás personas que intervienen en el proceso, especialmente con los testigos. Si no se cumple con esta exigencia, antes de proceder a la valoración de la prueba, realmente hay una carencia total de actividad probatoria, y por tanto una vulneración al principio de inocencia, por infracción grave de una de las garantías procesales".

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 8 de julio de 2004 radicación No. 18451 Magistrado Ponente Germán Galán Castellanos. "En nuestro ordenamiento jurídico, las pruebas inconstitucionales están sometidas a la regla de exclusión, bajo el sistema de nulidad de pleno derecho, sin que al respecto exista discrecionalidad judicial como ocurre en el derecho comparado ni sin que pueda alegar como excepción la prevalencia del interés general puesto que tratándose de derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de derechos fundamentales".

efecto suspensivo entre la Resolución 3391 del 14 de diciembre de 2000 y la respuesta a la petición del 27 de diciembre de ese año, ya que frente al primero operaron sus efectos jurídicos, que en últimas remitían al disfrute de sus vacaciones a partir del 29 de diciembre de 2000.

Los argumentos anteriormente esbozados imponen a la Sala revocar la sentencia del a quo, para en su lugar, acceder a las súplicas 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

REVÓCASE la sentencia del diez (10) de marzo de dos mil cuatro (2004) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Subsección "B", mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda; y en su lugar, se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 264 del 18 de febrero de 2002, por la cual la Secretaria General del Ministerio de Educación Nacional, ordenó sancionar al actor con destitución en el cargo de Jefe de Oficina código 0137 grado 16 con la inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de dos años; y la No. 58 del 29 de abril de 2002, mediante la cual el Presidente de la República confirmó en todas sus partes aquélla.

CONDÉNASE al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL a reintegrar al actor HILARIO JOSÉ ARIZA identificado con cédula de ciudadanía No. 438.270 de Usaquén, al cargo que ocupaba al momento del retiro o a otro de igual categoría; Igualmente, deberán reconocer y pagar a su favor todos los emolumentos dejados de percibir desde el momento del retiro hasta el efectivo reintegro.

ORDÉNASE a las demandadas a actualizar la suma que resulte con aplicación de la siguiente formula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

Habrá lugar a los intereses demandados en el evento que se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de La Ley 446 de 1998, en la forma allí determinada.

DECLARASE para todos los efectos legales que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio.

ORDÉNASE dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en el artículo 176 y pertinentes del C. C. A.

Reconócese a Iván Rafael Acosta Guillén como apoderado del demandante, en los términos y para los efectos de la sustitución de poder obrante a folio 273 del cdno. Ppal.

DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

PUBLIQUESE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

JAIME MORENO GARCÍA