



Sentencia 92113 de 2010 Consejo de Estado

VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO – Regulación legal / VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO – Su declaración no requiere adelantar proceso disciplinario

En conclusión, el abandono del cargo es una causal autónoma de retiro del servicio, que atiende a la prestación eficiente y continuada de la función pública, y que no requiere el previo adelantamiento de un proceso disciplinario, pero si de unas algunas diligencias que le permitan comprobar a la Entidad no sólo la ausencia del funcionario, sino la inexistencia de una causa que lo justifique, dentro del marco del debido proceso.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 – ARTICULO 25 / DECRETO 1950 DE 1993 / LEY 2400 DE 1980 / LEY 3074 DE 1968 / LEY 27 DE 1992 – ARTICULO 7 / DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 126 / LEY 27 DE 1992 – ARTICULO 7 / LEY 909 DE 2004 – ARTICULO 41

VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO – Vencimiento de licencia por medida de aseguramiento

El actor a sabiendas de las consecuencias de la medida de aseguramiento que pesaba en su contra así como de los resultados que implicaría su ausencia al vencimiento del término de la licencia, no se dirigió dentro de la oportunidad a la entidad para manifestar las razones por las cuales no se podía reincorporar, situación que no puede originar una protección por vía del derecho al debido proceso; máxime si, como en el presente asunto, existe un fallo disciplinario, que se presume legal, que sancionó al actor por la misma conducta, al reprochar su actitud de no haber informado a tiempo a la Contraloría de los motivos de su ausencia. Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que el actor si contaba con una justa causa para su inasistencia y que la Entidad no la calificó adecuadamente, es de precisar que, en todo caso, desde el 31 de agosto de 2000 y hasta la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Penal de Circuito de Bogotá, de 25 de octubre de 2000, estuvo privado de su libertad y en consecuencia no sería viable reconocerle salarios y prestaciones por dicho lapso al no haber prestado servicio alguno; más aún cuando mediante dicha providencia fue condenado a la Interdicción de Derechos y Funciones Públicas, lo que a todas luces le impediría ejercer el cargo que venía desempeñando en la Contraloría General de Cundinamarca.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION B

CONSEJERO PONENTE: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
BOGOTÁ D.C., CUATRO (04) DE FEBRERO DE DOS MIL DIEZ (2010)

RADICACIÓN NÚMERO: 25000-23-25-000-2001-92113-01(1111-08)

ACTOR: CESAR AUGUSTO SÁNCHEZ AROCA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el Departamento de Cundinamarca y la Contraloría Departamental contra la sentencia de 29 de noviembre de 2007, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección Ha, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda formulada por Cesar Augusto Sánchez Aroca contra el Departamento de Cundinamarca – Contraloría Departamental.

LA DEMANDA

CESAR AUGUSTO SÁNCHEZ AROCA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad de los siguientes actos:

- Resolución No. 0271 de 5 de septiembre de 2000, proferida por el Contralor General de Cundinamarca, por la cual se declaró la vacancia del cargo que desempeñaba en la Entidad, por abandono del mismo.
- Resolución No. 0330 de 17 de octubre de 2000, proferida por la misma autoridad, mediante la cual, al atender el recurso de reposición, confirmó en su integridad la anterior decisión.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la parte accionada a:

- Reintegrarlo al cargo de Profesional Especializado, código 33512, o a otro de igual o superior jerarquía o al que se cree para el cumplimiento de la sentencia, con requisitos y funciones afines.
- Reconocerle, para todos los efectos legales, que no hubo solución de continuidad en el ejercicio del cargo que desempeñaba; y, en consecuencia, le sean restablecidos todos su derechos salariales y prestaciones entre la fecha en que fue retirado del servicio y la de su reintegro efectivo al cargo.

- Reconocerle los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir entre la fecha del retiro y la del reintegro efectivo, con los correspondientes aumentos legales y ajustes conforme al índice de precios al consumidor.
- Reconocerle sobre las sumas adeudadas los índices de devaluación monetaria registrados en el Banco de la República y/o en el DANE, durante el curso del proceso y hasta que se verifique el pago, a título de indemnización en los términos del artículo 178 del C.C.A.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A., y 72 de la Ley 446 de 1998.
- Reconocerle y pagar agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

En virtud del nombramiento efectuado en provisionalidad por Resolución No. 1115 de 27 de agosto de 1993, ingresó a laborar a la Contraloría General de Cundinamarca en el cargo de Profesional Universitario I, Grado 12.

Por Resolución No. 359 de 28 de julio de 1994, proferida por la Comisión Seccional del Servicio Civil del Departamento Administrativo de la Función Pública, fue inscrito en el escalafón de carrera administrativa en el cargo anteriormente referido.

Prevía participación en concurso de méritos para proveer el cargo de Profesional Especializado, Grado 14, fue nombrado en periodo de prueba por Resolución No. 2452 de 2 de diciembre de 1994.

Posteriormente, el 7 de diciembre de 1998, se posesionó en el cargo de Profesional Especializado, Código 33512.

Dentro de la investigación fiscal No. 9809010 adelantada por la División Operativa de Investigaciones y Juicios Fiscales de la entidad accionada, se ordenó compulsar copias a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cundinamarca para que se investigara por la presunta celebración de contrato por intermedio de terceros.

Por Resolución de 22 de mayo de 2000, la Fiscal No. 2 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y el Medio Ambiente, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cundinamarca, profirió en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación, la cual fue sustituida por detención domiciliaria.

La citada Fiscal, mediante Oficio No. 2325 de 6 de junio de 2000, le comunicó a la entidad demandada la medida de aseguramiento que le fue impuesta.

Consecuencia de dicha medida de aseguramiento, el 5 de julio de 2000, suscribió ante la Fiscalía encargada la diligencia de compromiso de que trata el artículo 419 del C.P.C.

Por Resoluciones Nos. 0168 de 2 de junio, 0179 de 17 de junio y 0225 de 25 de julio de 2000, la Contraloría del Departamento le reconoció 90 días de licencia no remunerada, entre el 2 de junio y el 30 de agosto de 2000.

Por la razón expuesta, no se pudo reintegrar a sus labores el 31 de agosto de 2000; sin embargo la Contraloría, conociendo el motivo, profirió el 5 de septiembre del mismo año el primero de los actos demandados, y luego el que lo confirmó. Agregó:

"11.- Es decir, el señor CESAR AUGUSTO SÁNCHEZ AROCA, dentro del término legal interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 0271 del 05 de septiembre de 2000 y le fue decidido a través de la Resolución No. 0330 del 17 de octubre de 2000, expedidas ambas por el Contralor General de Cundinamarca."

NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 29, 83, 125, 150, numeral 3º, y 228, numeral 3º.

El demandante consideró que la entidad accionada, con los actos demandados, incurrió en los vicios de violación de la Constitución y la Ley y falsa motivación, por los siguientes motivos:

Teniendo en cuenta que la declaratoria de la vacancia de cargo tiene connotaciones limitativas de derechos, la entidad debió adelantar un procedimiento administrativo con plena garantía del derecho al debido proceso, máxime cuando conocía las razones de su ausencia. Al respecto puntualizó:

"(...) la Contraloría General del Departamento de Cundinamarca, a pesar de conocer la situación del actor, y su paradero adelantó a sus espaldas un proceso administrativo de declaratoria de vacancia por abandono, del empleo que en tal entidad él ocupaba, sin notificarle de su existencia y sin darle oportunidad para que se defendiera exponiendo sus razones de hecho y de derecho y solicitara pruebas; en general para que ejerciera, en todas sus fases, el derecho de contradicción y defensa."

Por otra parte, el Contralor no podía invocar como sustento para su desvinculación un acto administrativo expedido internamente por la misma entidad, so pena de quebrantar los artículos 125 y 150, numeral 23 de la Constitución Política, pues las causales de inhabilidad, los deberes, prohibiciones y otras situaciones relacionadas son de reserva legal.

Ahora bien, dentro de los actos administrativos demandados no era viable que la entidad adujera que desconocía los motivos de su falta de comparecencia al trabajo, en la medida en que la Fiscalía la enteró de la medida de aseguramiento mediante el Oficio No. 2325 de 6 de junio de 2000. Dicho conocimiento, también le impedía aseverar que su actuación era injustificada.

Finalmente puntualizó la demandante:

"Además, señalar en el acto que desató el recurso, sobre todo aplicando una resolución interna, que se trata de un problema de oportunidad la de reportar la causa de la ausencia, y no de existencia real de las razones por las cuales no puede concurrir aquel a su sitio de trabajo, es a todas luces violatorio del artículo 228 superior, por cuanto se sacrificaban las razones que amparan el derecho sustancial para favorecer las que atañen la forma y oportunidad."

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Contraloría General del Departamento de Cundinamarca dio contestación a la demanda formulada en su contra por Cesar Augusto Sánchez Aroca, solicitando que se negaran sus pretensiones. Con tal objeto invocó, además de la genérica, las siguientes excepciones:

(i) Falta de causa para demandar, por cuanto el reglamento interno de los empleados de la Contraloría Departamental, Resolución 007 de 1999, contempla el horario de trabajo y las sanciones por su incumplimiento, y, los artículos 126 y 127 del Decreto 1950 de 1973, y 37 de la Ley 443 de 1998, consagran el abandono del cargo como causal autónoma de retiro, razón por la cual ante la ausencia injustificada para presentarse al trabajo se profirieron los actos demandados.

Adicionalmente, a la luz de lo dispuesto en el artículo 127 del Decreto 1950 de 1973, para su retiro del servicio por la causal invocada no se requería abrir un proceso disciplinario. Finalmente, el Oficio No. 2325 de 6 de junio de 2000 no permitía inferir que el accionante estaba efectivamente privado de la libertad. Agregó:

"(...) adicionalmente, ... la situación real del demandante era diferente -se encontraba en libertad-, como se establece con el acta de compromiso de 5 de Julio de 2000 aportada al expediente y al hecho de que el mismo funcionario se hubiera notificado personalmente de la Resolución No. 0271 de Septiembre 5 de 2000, lo que excluye cualquier imposibilidad para haberse reintegrado al cargo al vencimiento de la licencia, incurriendo de esta forma en los supuestos contemplados en el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973 y obligando a la administración a proceder de conformidad, declarando la vacancia del cargo."

(ii) Cumplimiento de una obligación e imposibilidad legal de la administración para no decretar la vacancia del cargo, por cuanto en atención a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, vencida la licencia del demandante sin que se hubiera presentado a laborar debía declararse la vacancia del cargo, so pena de incurrir en responsabilidad por omisión. Por dicho deber legal, no podía pedírsele a la Administración que indagara sobre la existencia de justificación o no para la inasistencia del funcionario. Ahora bien, si la justificación era la detención ello debía probarse oportunamente.

(iii) Buena fe de la administración y ausencia de buena fe del demandante, en tanto que la administración una vez verificados los supuestos legales procedió a proferir el acto administrativo de retiro. Por su parte, el empleado desde el mismo momento en que solicitó las licencias debió haber manifestado la razón de su imposibilidad para continuar en la prestación del servicio, pero así no lo hizo. Al respecto, puntualizó la Entidad accionada:

"(...) no puede considerar que de buena fe actúa quien incurre dolosamente en un ilícito, oculta la medida de aseguramiento que le es impuesta y la existencia de una diligencia de compromiso que le hubiera permitido cumplir con su obligación de reintegrarse a cumplir con sus deberes, para después esgrimir esos hechos a él imputables como un eximente de responsabilidad, en una demanda presentada a través de la oficina de un ex Contralor y por ende antiguo representante de la misma entidad que demanda, presentada por el hermano de otro ex Contralor, como se infiere de la papelería en la que se presentó."

Por su parte, el Departamento de Cundinamarca¹ intervino para solicitar que se negaran las pretensiones de la demanda. Con tal objeto, argumentó que los actos demandados se ajustaban a la legalidad y obedecían a la protección del interés social; y, que, en todo caso, en el proceso de responsabilidad fiscal que se le adelantó por los hechos que fueron sometidos al conocimiento de la jurisdicción penal fue encontrado responsable y sancionado con destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas por tres años.

Asimismo, propuso las siguientes excepciones: (i) ausencia de ilegalidad de los actos acusados, (ii) ineptitud de la demanda, por carencia total de poder para demandar al Departamento; y (iii) ineptitud de la demanda por falta de integración de la totalidad de los actos administrativos que determinaron la desvinculación del actor, en razón a que no demandó los actos por los cuales fue sancionado en el proceso adelantado en su contra por la Contraloría.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia de 29 de noviembre de 2007, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (fls. 295 a 308 del cuaderno principal):

- Declaró la nulidad de los actos demandados;

- Condenó a la Contraloría General de Cundinamarca a pagarle al demandante los salarios y prestaciones causados desde el momento de su retiro y hasta la ejecutoria del acto administrativo que decretó su destitución, con reajustes e indexación; y,

- No ordenó el pago de costas.

Fundamentó la decisión en las razones que a continuación se exponen:

Aun cuando la Administración conocía la medida de aseguramiento que cobijaba al actor, la desconoció en la decisión primigenia por la cual declaró la vacancia del cargo que desempeñaba; sin embargo, al resolver el recurso de reposición interpuesto, sostuvo que ello no lo excusaba, por cuanto fue causada por el mismo; situación que "deja sin vigor el cargo de falsa motivación" invocado por el demandante.

Ahora bien, analizado el asunto planteado frente al derecho al debido proceso se evidencia que la Contraloría accionada efectivamente no adelantó una actuación administrativa, previa al retiro, sino que condenó al actor sin ser escuchado. Al respecto, puntualizó el a quo:

"Equivocó la administración tal proceder administrativo, ya que juzgó al actor sin el previo adelantamiento de un trámite con las garantías de defensa y contradicción y así mismo, le violó el principio de presunción de inocencia."

Adicionalmente, el artículo 399 del Decreto 2700 de 1991 le permitía a la Contraloría Departamental suspender al actor y designar a otro funcionario, en provisionalidad o encargo, para cubrir las necesidades del servicio.

Por su parte, la Entidad aplicó en los actos demandados el Decreto 1950 de 1973 sin armonizarlo con los nuevos postulados constitucionales. Y concluyó el Tribunal:

"No está demás expresar, que posteriormente el señor SÁNCHEZ AROCA, fue destituido a través de un proceso disciplinario que se adelantara por la misma entidad, en donde se tuvo la oportunidad de defenderse y asumir su defensa, lo que tendrá en cuenta el Tribunal a efectos de tasar el restablecimiento de los derechos que se generan por la anulación de los actos administrativos cuestionados."

LOS RECURSOS DE APELACIÓN

El Departamento de Cundinamarca y la Contraloría Departamental interpusieron y sustentaron recurso de apelación contra la sentencia del a quo, con los siguientes argumentos:

A. El Departamento de Cundinamarca:

No le asiste razón al a quo cuando consideró que al demandante se le violó el derecho al debido proceso, por cuanto: (a) enterado de la medida de aseguramiento que lo cobijaba, el actor debió solicitarle al Fiscal encargado que ordenara la suspensión de su relación laboral; (b) la Contraloría le concedió el máximo tiempo de licencia permitido por la Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Decreto 2400 de 1968; (c) la declaración de abandono del cargo le fue notificada y contra ella pudo ejercer los recursos en vía gubernativa; (d) la Contraloría no podría aplicar una norma del ordenamiento penal ni dejar una situación administrativa sin resolver; y, (e) el actor generó la situación que llevó a la declaratoria de vacancia de su cargo.

No acierta el Tribunal cuando decreta la nulidad de los actos demandados y ordena el pago de salarios y prestaciones, en razón a que: (i) la Contraloría accionada, en atención a los principios que rigen la función pública, definió la situación administrativa generada por el actor ante su inasistencia a laborar, y le permitió interponer el recurso de reposición en vía gubernativa; (ii) no es jurídicamente viable el pago de salarios y prestaciones, por cuanto el actor estaba en licencia y posteriormente no pudo reintegrarse, razón por la cual, a la luz de lo dispuesto por el Decreto 1647 de 1967, al no haberse prestado el servicio no puede efectuarse la condena en los términos definidos por el a quo. Agregó el recurrente, con respaldo en el Concepto 281 de 21 de junio de 1989 de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado, que: "(...) en gracia de discusión, en el evento que la Contraloría le hubiese aceptado al actor la excusa de fuerza mayor o caso fortuito para no comparecer a laborar una vez terminada la licencia, el demandante tampoco había podido reintegrarse al cargo y desempeñar las funciones del mismo, es decir, no tenía la mínima posibilidad de comparecer a laborar y recibir salarios, no tenía ni siquiera la expectativa al respecto, por estar privado de la libertad."

B. La Contraloría Departamental:

El a quo desbordó los cargos planteados por el actor en su demanda y, por ello, quebrantó el principio rector de la justicia rogada. Específicamente, la parte recurrente argumentó:

(a) La entidad actuó conforme lo exige el ordenamiento jurídico y le garantizó al actor el derecho al debido proceso, al haberle notificado oportunamente la decisión de la declaratoria de vacancia de su cargo, por abandono, y garantizado la interposición del recurso pertinente en vía gubernativa. Por otra parte, el actor no cumplió con sus deberes y obligaciones al no haber justificado en tiempo su inasistencia al trabajo una vez vencido el término de licencia.

(b) El Tribunal partió de la ilegalidad de los actos cuestionados y, en lugar de efectuar un pronunciamiento de legalidad frente a los cargos imputados, presumió que el querer de la Contraloría fue prejuzgar al actor ante la existencia de un proceso penal en su contra sin considerar el trauma que le generó a la prestación del servicio su inasistencia al trabajo. Precisó la Contraloría:

"En efecto, en cuanto al aspecto fáctico de la motivación de los actos administrativos se observa que el hecho central valorado para determinar la ocurrencia del abandono del cargo, es que el funcionario Sánchez Aroca no se reintegró a sus funciones una vez se le venció el término otorgado para hacer uso de la licencia no remunerada ni tampoco expresó su voluntad de retiro del cargo, o cualquier otra explicación o motivo

ante las circunstancias que le impedían cumplir con sus obligaciones laborales; y por el aspecto de derecho lo que hizo la Contraloría, fue verificar el supuesto de hecho descrito en la norma, para determinar si se configuraba o no un abandono de cargo."

(c) Tampoco es viable sostener que con los actos acusados la Contraloría condenó al actor por la presunta comisión de punibles, en la medida en que no tiene competencia para ello y lo único que hizo fue definir una situación administrativa. En este sentido, de conformidad con lo dispuesto en el reglamento interno de trabajo y en el Decreto 1950 de 1973, el actor debía cumplir con su horario de trabajo o justificar sus faltas; a la Contraloría le correspondía solamente comprobar la existencia de un hecho, la ausencia del funcionario sin una justa causa para ello. Finalizó la recurrente:

"Una vez decidida la situación administrativa de carácter laboral del servidor, mediante las Resoluciones objeto del presente, se da inicio a la investigación Disciplinaria en su contra, al tenor de lo dispuesto en la Ley 200 de 1995, vigente para la época de los hechos; en dicho proceso, se le garantizaron todos y cada uno de sus derechos, en las diferentes etapas procesales, el cual terminó con la imposición de la sanción de destitución del cargo de Profesional Especializado que desempeñaba para la época de los hechos el señor CÉSAR AUGUSTO SÁNCHEZ AROCA, por haberse encontrado probada la falta disciplinaria de "Abandono de cargo".

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Intervino la Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado para solicitar que se confirme la decisión de declarar la nulidad de los actos demandados. Sin embargo, para poder establecer si hay lugar al restablecimiento ordenado por el a quo, solicitó que, previamente a dictar fallo, se profiera un auto de mejor proveer para determinar la vigencia de la medida de aseguramiento impuesta al actor. Con tal objeto, argumentó (368 a 378):

Aun cuando la entidad no citó al actor para que se pronunciara dentro del trámite que se inició para declarar la vacancia de su cargo, una vez proferida la primera decisión lo notificó en tiempo y le concedió el recurso de reposición en vía gubernativa, recurso que fue interpuesto por el actor y resuelto por la Contraloría accionada dentro de la oportunidad legal; por este motivo, no se da la vulneración al derecho al debido proceso declarada por el a quo.

A pesar de lo anterior, se evidencia que el actor justificó su ausencia en la imposición de una medida de aseguramiento, de la cual debía tener mediano conocimiento la Contraloría, razón por la cual, por este motivo los actos estarían viciados de nulidad.

En cuanto al restablecimiento del derecho, continúa la Agencia Fiscal, debe aclararse que no procede el reintegro al cargo en la medida en que dentro del proceso disciplinario que se adelantó en contra del actor fue sancionado con destitución del cargo. Por su parte, en relación con el pago de salarios y prestaciones, debe solicitarse previamente a la Fiscalía encargada que certifique hasta cuando estuvo vigente la medida de aseguramiento, con el objeto de determinar si hay lugar a su pago.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico por resolver se contrae a determinar la legalidad de las Resoluciones Nos. 0271 de 5 de septiembre de 2000 y 0330 de 17 de octubre del mismo año, proferidas por el Contralor General de Cundinamarca, por las cuales se declaró la vacancia del cargo del actor, por abandono del mismo.

Con el anterior objeto, se precisan los siguientes aspectos de orden fáctico y jurídico:

Vinculación del actor

- De conformidad con la certificación laboral obrante a folios 68 a 70 del cuaderno principal, el señor Cesar Augusto Sánchez Aroca laboró al servicio de la Contraloría Departamental de Cundinamarca del 15 de octubre de 1993 al 30 de agosto de 2000, fecha en que desempeñaba, en carrera, el cargo de Profesional Especializado.

De la declaratoria de vacancia del cargo

- Por Resolución No. 0168 de 2 de junio de 2000, proferida por el Contralor General de Cundinamarca, se le concedió al actor una licencia no remunerada a partir del 2 de junio de 2000, por el término de 15 días (fl. 276 del cuaderno principal).

Con la Resolución No. 0179 de 17 de junio de 2000, proferida por la misma autoridad, se amplió el término de dicha licencia por 45 días más, hasta el 1º de agosto de 2000 (fl. 278 del cuaderno principal).

A través de la Resolución No. 0225 de 25 de julio de 2000 el Contralor General de Cundinamarca, a solicitud del actor quien adujo motivos de índole personal, le amplió el término de la licencia no remunerada por 30 días más, a partir del 1º de agosto de 2000 (fls. 99 y 279 del cuaderno principal):

Mediante Oficio No. 311 de 5 de septiembre de 2000, el Jefe del Grupo de Infraestructura le informó al Director de Talento Humano Administrativo de la Contraloría General de Cundinamarca que el actor, luego de la licencia concedida, debía presentarse a laborar el 31 de agosto del mismo año, sin que a la fecha lo hubiera hecho ni allegado justificación alguna (fl. 24 del cuaderno principal).

Por Resolución No. 0271 de 5 de septiembre de 2000, expedida por el Contralor General del Departamento de Cundinamarca, se declaró la vacancia, por abandono, del cargo de Profesional Especializado, Código 33512, desempeñado por el actor, a partir del 31 de agosto de 2000 (fls. 3 a 5 y 282 a 284 del cuaderno principal).

El 18 de septiembre de 2000 el señor Sánchez Aroca interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión, solicitando su revocatoria ante la existencia de una justa causa que le había impedido su asistencia al trabajo (fls. 39 a 46 del cuaderno principal).

Dicha causa consistió en la existencia de una medida de aseguramiento en su contra, de detención preventiva sin derecho a excarcelación - sustituida por detención domiciliaria, dictada por la Fiscalía 02 adscrita a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y Medio Ambiente de la Seccional Cundinamarca, dentro de un proceso en que se investigaba la presunta violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por la celebración de un contrato sin formalidades plenas, el 11 de junio de 1997, por medio de terceros.

Dicho recurso fue atendido por el Contralor General de Cundinamarca de forma desfavorable, a través de la Resolución No. 0330 de 17 de octubre de 2000 (fls. 7 a 21 del cuaderno principal).

Investigaciones adelantadas contra el actor

(I) Dentro de la investigación fiscal No. 9809010, adelantada contra el actor² por la División Operativa de Investigaciones y Juicios Fiscales de la Contraloría General de Cundinamarca por la celebración de un contrato sin formalidades plenas el 11 de junio de 1997 por medio de terceros, se ordenó el 16 de abril de 1999 informar de la existencia de dicha investigación a la Dirección de Fiscalías de Cundinamarca (fl. 2 del cuaderno No. 3)³ y a la Dirección Técnica Disciplinaria de la Contraloría General de Cundinamarca.

Como consecuencia de dicha noticia, se originaron los siguientes resultados⁴:

a. Responsabilidad Penal

Previo aceptación de cargos y solicitud de sentencia anticipada⁵, mediante providencia de 25 de octubre de 2000 del Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito el actor fue condenado, por la comisión del delito de violación al régimen legal de incompatibilidades e inhabilidades, a una pena principal de 32 meses de prisión y multa de 7 salarios mínimos y una pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual periodo al de la pena corporal (fls. 152 a 156 del cuaderno principal).

b. Responsabilidad Disciplinaria

Mediante fallo sancionatorio de primera instancia, dentro del proceso disciplinario No. 128-99 de 4 de julio de 2001, la Dirección Técnica Disciplinaria de la Contraloría sancionó al actor por la falta referida, a la cual le dio la calificación de gravísima. En consecuencia, le impuso como sanción principal la destitución del cargo, y como sanción accesoria una inhabilidad para ejercer funciones públicas, por 3 años (fls. 280 a 226 del cuaderno principal).

Interpuesto el recurso de apelación contra la anterior decisión, por Resolución No. 1028 de 21 de diciembre de 2001 se revocó la sanción impuesta de forma accesoria y se confirmó en lo demás. Dicha decisión quedó ejecutoriada el 23 de enero de 2002. Consagró este acto (fls. 163 a 179 del cuaderno principal):

"Total y para concluir este punto, sólo puede tenerse por existentes los hechos que aparezcan demostrados en el proceso de manera plena y completa y sólo con base en ellos se debe proferir la decisión. En consecuencia, este despacho considera que se encuentra plenamente demostrado el hecho materia de investigación, por lo tanto, confirmará el fallo de primera instancia, el cual si se quiere, dicha determinación es avalada por el mismo reconocimiento expreso que hizo el acá disciplinado ante el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito al aceptar de manera libre y voluntaria su participación y responsabilidad en el mismo."

Por Resolución No. 0149 de 14 de febrero de 2002, proferida por el Contralor de Cundinamarca, se ejecutó la sanción anteriormente referida, ordenando la anotación de la misma en la hoja de vida y su comunicación a la Procuraduría General de la Nación, en atención a que el actor ya no se encontraba laborando en la entidad (fls. 157 y 158 del cuaderno principal).

El anterior acto administrativo fue aclarado por Resolución No. 0161 de febrero de 2002 (fl. 162 del cuaderno principal).

(II) Dentro de la investigación disciplinaria No. 137-00, adelantada contra el actor por el abandono del cargo que originó la declaratoria de vacancia cuestionada en el presente asunto, se profirió el 22 de mayo de 2002 fallo sancionatorio. En dicha providencia se resolvió imponer como sanción la destitución del cargo de Profesional Especializado de la Contraloría General de Cundinamarca. Al respecto, se concluyó en la providencia (cuaderno No. 3 A):

"Así las cosas, se concluye que en efecto el señor Cesar Augusto Sánchez Aroca no tuvo una justa causa para abandonar el cargo de profesional especializado que ocupaba en la Contraloría de Cundinamarca, ya que hasta donde se tiene conocimiento el transgredir el ordenamiento penal siendo funcionario público y que producto de este sea requerido judicialmente no es una justa causa para abandonar el cargo, pues como ya se dijo lo que correspondía en su momento era que él hubiese informado a la Contraloría inmediatamente y así haberla dejado en libertad para decidir su situación laboral y no actuar como lo hizo valiéndose de situación administrativa que logró prorrogar en el tiempo sin poner de presente su verdadera condición de judicializado."

Por Resolución No. 0696 de 6 de agosto de 2002, expedida por el Contralor de Cundinamarca, se ejecutó la sanción impuesta ordenando a la Subdirección Administrativa del Talento Humano anotar en la hoja de vida del actor la sanción de destitución del cargo (cuaderno No. 3 A).

Establecido lo anterior, la Sala procede al estudio del asunto sometido a consideración en el siguiente orden: (I) De la vacancia de cargo – Marco normativo y jurisprudencial; y, (II) Del caso concreto.

(I) De la vacancia de cargo – Marco normativo y jurisprudencial

De acuerdo con los postulados constitucionales que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, el acceso y permanencia en el empleo público, por regla general, obedecen al mérito y a las calidades del interesado; aspectos que se valoran, en el primer caso, dentro de un proceso de selección, público y transparente⁶, y, en el segundo caso, en el transcurso de la relación mediante evaluaciones objetivas y ponderadas.

En este sentido, es de resaltar que nuestra legislación se ocupa tanto del acceso como del ascenso y del retiro del servicio, con el ánimo de garantizar la igualdad de oportunidades para todos aquellos que desean prestarles sus servicios al Estado, por un lado; y, la eficiencia, calidad y eficacia de la función pública, por el otro.

A su turno, el retiro del servicio en algunos eventos obedece a la desmejora de la calidad y eficiencia en la prestación del servicio, en otros a la afectación del mismo por motivos ajenos a dichos factores, o en otros a la prevalencia del interés general sobre el particular. Precisamente una de las formas de desvinculación laboral, que se presenta en el segundo de los eventos mencionados, es la declaratoria de vacancia del cargo; la cual ha sido objeto de varios pronunciamientos en donde fundamentalmente se ha discutido (i) su existencia como causal autónoma de retiro del servicio y (ii) la necesidad de adelantar un procedimiento previo a la declaratoria de la misma.

Normativamente, y para ambientar la evolución jurisprudencial de la que ha sido objeto la figura de la declaratoria de la vacancia del cargo, se precisa traer a colación la siguiente normatividad:

a. De conformidad con lo establecido en el artículo 25, literal h) del Decreto 2400 de 19 de septiembre de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, una de las causales de retiro del servicio es el abandono del cargo⁷.

Por su parte, el artículo 126 del Decreto 1950 de 24 de septiembre de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos – Leyes 2400 y 3074 de 1968 y se dictan otras disposiciones, dispone que el abandono del cargo se presenta cuando, un empleado sin justa causa:

"(...)

1. No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar.
2. Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos.
3. No concorra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del presente Decreto Nacional, y
4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo."

Comprobada la ocurrencia de dicha situación, según lo dispuesto en el artículo 127 ibídem, y previos los procedimientos legales, la entidad debe declarar la vacancia del cargo.

Adicionalmente contempla el artículo 158 ibídem que, en caso de que se perjudique el servicio, el actor podrá hacerse acreedor de las sanciones disciplinarias y de la responsabilidad civil o penal que corresponda.

b. Posteriormente, el artículo 7º, literal h) de la Ley 27 de 1992; el artículo 37, literal g) de la Ley 443 de 1993, y el artículo 41, literal i) de la Ley 909 de 2004 consagraron la misma situación como causal de retiro del servicio⁸.

c. A su turno, la Ley 200 de 1995⁹, por la cual se adoptó el Código Disciplinario Único, consagró el abandono injustificado del cargo o del servicio como falta disciplinaria gravísima (artículo 25, numeral 8º).

Esta última disposición fue la que precisamente originó que en varios pronunciamientos de la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación se modificara la tesis de que el abandono del cargo constituía una causal autónoma de retiro del servicio y se considerara que ella había sido derogada por el Código Disciplinario único, razón por la cual a partir de dicho momento, previo al retiro del servicio por dicha ausencia, se consideró que se debía adelantar un proceso disciplinario¹⁰.

Con posterioridad, la Sala Plena de la Sección Segunda, mediante sentencia de 22 de septiembre de 2005¹¹, unificó los diferentes criterios expuestos, y consideró que la causal de retiro por abandono del cargo, aunque obedece a una misma circunstancia¹², es autónoma de la falta disciplinaria anteriormente referida, pues en el primer caso se trata de dotar a la Entidad de una herramienta ágil que le permita superar los perjuicios que la inasistencia de un funcionario genera en la continuidad y buena prestación del servicio, mientras que en el segundo caso se busca disciplinar a los funcionarios.

Dentro de esta comprensión, entonces, no se requiere adelantar un proceso disciplinario previo a la declaratoria de la vacancia, basta con comprobar la ausencia y la inexistencia de una justa causa para que la Entidad cumpla con su deber de retirar del servicio al empleado que haya

incurrido en dicha conducta.

Dicha comprobación, sin embargo no está exenta de que se cumplan por lo menos unas diligencias mínimas tendientes a garantizarle el derecho al debido proceso al funcionario que incurrió en una de las causales que configuran el abandono del cargo. Al respecto, en sentencia de 31 de julio de 2008, C.P. doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 2151-07, consideró:

"Esta declaratoria de vacancia de un cargo no exige el adelantamiento de proceso disciplinario; basta que se compruebe tal circunstancia para proceder en la forma ordenada por la ley. Es decir, que ésta ópera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la administración al respecto es meramente declarativo, lo cual podrá hacer después de adelantar un trámite breve y sumario que respete el debido proceso."

En conclusión, el abandono del cargo es una causal autónoma de retiro del servicio, que atiende a la prestación eficiente y continuada de la función pública, y que no requiere el previo adelantamiento de un proceso disciplinario, pero sí de unas algunas diligencias que le permitan comprobar a la Entidad no sólo la ausencia del funcionario, sino la inexistencia de una causa que lo justifique, dentro del marco del debido proceso.

(II) Del caso concreto

Específicamente en el presente asunto se discute la legalidad de los actos por los cuales se declaró la vacancia por abandono del cargo que el actor venía desempeñando en la Contraloría General de Cundinamarca.

Con tal objeto, la Sala precisa los siguientes aspectos:

- Mediante providencia de 22 de mayo de 2000, la Fiscalía 02 Seccional adscrita a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y Medio Ambiente de la Seccional Cundinamarca profirió contra el actor medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación, sustituida por detención domiciliaria, por la presunta violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a que se refiere la Ley 80 de 1993, artículo 8º, literal f) en concordancia con el artículo 144 del C.P. (fls. 282 a 293 del cuaderno No. 3).

- A partir de dicha fecha y hasta el 2 de junio de 2000, día en que de acuerdo con la Resolución No. 0168 le fue concedida licencia no remunerada, el actor estuvo laborando al servicio de la Contraloría General de la República.

- Por Oficio No. 2325 de 6 de junio de 2000 la Fiscal 02 le comunicó al Jefe del Grupo de Personal y Carrera Administrativa la decisión adoptada el 22 de mayo de 2000 (fl. 61 del cuaderno principal). Es de resaltar, además, que por Oficio de 31 de mayo de 2000 el Director Operativo de Investigaciones y Juicios Fiscales de la Contraloría General de Cundinamarca le había solicitado dicha documentación (fl. 23 del Cuaderno No. 2).

- Encontrándose en licencia, el día 5 de julio de 2000 el actor fue capturado por el DAS. En la misma fecha, suscribió el acta de compromiso que le permitió hacer uso del beneficio de la detención domiciliaria (fl. 98 del C. No. 2).

- El 13 de julio de 2000, la Fiscalía 24 Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá D.C. y Cundinamarca confirmó la medida de aseguramiento dictada contra el actor por la Fiscal 02 Seccional adscrita a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y Medio Ambiente (fls. 48 a 60 del cuaderno principal).

- Encontrándose en estado de detención, el actor solicitó, en dos oportunidades, prórroga de la licencia no remunerada, aduciendo motivos de orden personal.

- Una vez vencida la licencia, y 4 días después de la fecha en que debía reincorporarse a sus labores, el actor le remitió al Contralor General, mediante escrito de 4 de septiembre de 2000, copia del acta de compromiso que suscribió el 5 de julio del mismo año ante la Dirección Seccional de Fiscalía de Cundinamarca, Unidad Especial de delitos contra la Administración Pública y el Medio Ambiente (fl. 66 del cuaderno principal).

- El 5 de septiembre de 2000, por acto administrativo No. 271, se declaró la vacancia del cargo por abandono.

Del anterior recuento se concluye que, objetivamente, el actor incurrió en uno de los supuestos contemplados en el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973 estructurantes del abandono del cargo, específicamente, del evento contemplado en el numeral 1º del mismo, esto es, no reasumir las funciones al vencimiento de una licencia.

También se observa que la Entidad, Contraloría General de Cundinamarca, fue la que le remitió copia de sus investigaciones adelantadas contra el actor a la Fiscalía y que fue enterada de la medida impuesta dentro de la investigación penal, a través del Oficio No. 2325 de 6 de junio de 2000, lo cual, le permitía sospechar por lo menos que la ausencia de la reincorporación al cargo por parte del actor el 31 de agosto de 2000 podía obedecer a dicha circunstancia.

A pesar de lo anterior, resalta la Sala que los motivos por los cuales el actor solicitó su licencia no obedecieron expresamente a dicha circunstancia sino a lo que consideró como "motivos de índole personal". Adicionalmente, ante su imposibilidad física de asistir nuevamente a sus labores el 31 de agosto de 2000, el actor debió justificar inmediatamente su ausencia, sin embargo no lo hizo, ni tampoco en el momento en que solicitó, se reitera, el otorgamiento de la licencia no remunerada.

Igualmente se resalta que con anterioridad al vencimiento de su licencia, el señor Sánchez Aroca le solicitó a la Fiscal que instruya la

investigación penal que le solicitara a la Contraloría la suspensión de su relación laboral, solicitud que fue negada por la autoridad judicial, en los siguientes términos (fls. 121 y 123 del C. No. 2):

"(...) cabe recordar que esta es una decisión discrecional del Despacho la cual no se consideró necesaria al momento de definirle su situación jurídica, situación que no ha variado en el proceso."

Así entonces, el actor a sabiendas de las consecuencias de la medida de aseguramiento que pesaba en su contra así como de los resultados que implicaría su ausencia al vencimiento del término de la licencia, no se dirigió dentro de la oportunidad a la entidad para manifestar las razones por las cuales no se podía reincorporar, situación que no puede originar una protección por vía del derecho al debido proceso; máxime si, como en el presente asunto, existe un fallo disciplinario, que se presume legal, que sancionó al actor por la misma conducta, al reprochar su actitud de no haber informado a tiempo a la Contraloría de los motivos de su ausencia.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que el actor si contaba con una justa causa para su inasistencia y que la Entidad no la calificó adecuadamente, es de precisar que, en todo caso, desde el 31 de agosto de 2000 y hasta la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Penal de Circuito de Bogotá, de 25 de octubre de 2000, estuvo privado de su libertad y en consecuencia no sería viable reconocerle salarios y prestaciones por dicho lapso al no haber prestado servicio alguno; más aún cuando mediante dicha providencia fue condenado a la Interdicción de Derechos y Funciones Públicas, lo que a todas luces le impediría ejercer el cargo que venía desempeñando en la Contraloría General de Cundinamarca.

En este punto, es de aclarar que no encuentra motivo la Sala para proferir el auto de mejor proveer solicitado por el Ministerio Público en su intervención en esta instancia, toda vez que de la lectura del fallo condenatorio en sede penal proferido en contra del actor se evidencia que entre el 31 de agosto de 2000 y el 25 de octubre del mismo año, estaba en detención domiciliaria y a partir de dicho momento se encontraba en interdicción para desempeñar derechos y funciones públicas. Al respecto, se transcribe el siguiente aparte:

"SUBROGADO DE LA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL

...

Reunidos como se encuentran los requisitos de la norma en cita, ha de suspenderse a favor de CESAR AUGUSTO SÁNCHEZ AROCA, la ejecución de la pena privativa de la libertad por un período de prueba de dos (2) años, debiendo para tal efecto suscribir diligencia de compromiso en la que se obligue a guardar los preceptos del artículo 69 del Código en cita, y en especial presentarse cada 30 días ante este Despacho o en Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que por reparto corresponda.

(...)

Hecho lo anterior, se librará la respectiva comunicación al INPEC, para que cese la vigilancia en relación con la detención domiciliaria de la cual es beneficiario actualmente."

También podría considerarse un escenario en el que al actor se le hubiera suspendido de su cargo mientras se adelantaban las diligencias, caso en el cual, tampoco habría lugar al pago de salarios y prestaciones por término alguno, pues penal y disciplinariamente, de conformidad con la documentación que reposa en el expediente, el actor fue encontrado responsable.

En conclusión, esta Sala revocará la sentencia de 29 de noviembre de 2007, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda formulada por Cesar Augusto Sánchez Aroca contra el Departamento de Cundinamarca – Contraloría Departamental; y, en su lugar, denegará las pretensiones de la demanda por las razones expuestas anteriormente.

DECISIÓN

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 29 de noviembre de 2007, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda formulada por Cesar Augusto Sánchez Aroca contra el Departamento de Cundinamarca – Contraloría Departamental. En su lugar,

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda formulada por Cesar Augusto Sánchez Aroca contra el Departamento de Cundinamarca – Contraloría Departamental, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.
LA ANTERIOR PROVIDENCIA FUE DISCUTIDA Y APROBADA POR LA SALA EN SESIÓN DE LA FECHA.-

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
GERARDO ARENAS MONSALVE
VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

NOTAS PIE DE PÁGINA

1. Encontrándose el expediente al Despacho para proferir sentencia de primera instancia, mediante auto de 11 de julio de 2006 obrante a folio 234 del cuaderno principal, el a quo corrió traslado de la demanda al Departamento de Cundinamarca, así: "observa el Despacho en esta oportunidad que la entidad demandada aunque goza de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, no goza de personería jurídica, como lo ha reiterado el H. Consejo de Estado (...)". Dentro de su oportunidad, dicho ente territorial descorrió el referido traslado.
2. Y otras personas.
3. Información tomada, adicionalmente, del acto administrativo obrante a fls. 48 a 60 del cuaderno principal.
4. Dentro del expediente no obra copia de la decisión adoptada dentro del proceso de responsabilidad fiscal que se le adelantó por la celebración de un contrato sin formalidades plenas, el 11 de junio de 1997.
5. Mediante escrito de 26 de septiembre de 2000, radicado ante la Fiscalía Seccional 02, el actor se acogió a sentencia anticipada (fl. 224 del C. No. 2). Posteriormente, el 2 de octubre de 2000, se celebró audiencia de formulación de cargos (fls. 236 y 237 del C. No. 2).
6. Artículo 125 de la Constitución Política y concordantes.
7. Norma modificada por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968.
8. Cabe resaltar que la normatividad referida constituye el marco de referencia en el presente asunto, en atención a que a pesar de que la Contraloría General de la República así como las territoriales tienen un régimen especial, al no haber sido expedido el de estas últimas se ha acudido al general. Al respecto ver el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicado No. 1658 de 31 de agosto de 2005, y las sentencias de la Corte Constitucional C-391 de 1993, C-372 de 1999 y C-073 de 2006.
9. Modificada por la Ley 734 de 2002.
10. Ver, entre otras, la sentencia de 21 de junio de 2001, radicado interno No. 0533-00, C.P. doctor Nicolás Pájaro Peñaranda.
11. Proferida dentro del radicado 2103-03, C.P. doctora Ana Margarita Olaya Forero.
12. Cual es, la inasistencia al trabajo sin justa causa.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 15:16:51