



Sentencia 1185 de 2008 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

BOGOTÁ D. C., TREINTA Y UNO (31) DE JULIO DE DOS MIL OCHO (2008).

AUTORIDADES MUNICIPALES

APELACION SENTENCIA

RADICACIÓN: 6800123-15000-2000-01185-01 (2151-2007)

ACTOR: CARLOS ARTURO DUARTE CALDERON

DEMANDADO: MUNICIPIO DE BUCARAMANGA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de junio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso promovido por CARLOS ARTURO DUARTE CALDERON contra el MUNICIPIO DE BUCARAMANGA.

ANTECEDENTES

1.- El demandante, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instaura demanda contra el Municipio de Bucaramanga para que se declare la nulidad de los siguientes actos:

- RESOLUCIÓN 002 de 16 de julio de 1999, dictada por la Unidad de Control Interno Disciplinario del Municipio de Bucaramanga.
- RESOLUCIÓN 0922 del 06 de diciembre de 1999, proferida por el Alcalde de Bucaramanga, que confirma la Resolución 002 de 16 de julio de 1999, dentro del proceso disciplinario No. 98-539
- Los Decretos numerados 023, ambos de fecha 14 de enero de 1998, proferidos por el Alcalde de Bucaramanga.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la entidad demandada el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando en el Municipio o a otro de igual o superior jerarquía y remuneración.

Así mismo, se reconozcan y paguen los sueldos, prestaciones y demás factores de remuneración que a dicho cargo o al que haga sus veces le correspondan, durante el tiempo que permanezca desvinculado del mismo con su respectiva indexación y, además, para todos los efectos se declare que no se rompió la continuidad en el servicio prestado por el actor desde su retiro hasta su reintegro.

Anota el demandante que se vinculó al servicio del Municipio de Bucaramanga el 20 de noviembre de 1996, desempeñando como último cargo el de Secretario General de la Secretaría del Municipio de Bucaramanga, el cual ocupó desde el 12 de febrero de 1997 hasta el 14 de enero de 1998, fecha en que se produjo la desvinculación del actor.

El actor laboró hasta el último día de diciembre de 1997 y a partir del 02 de enero de 1998 creyó iniciar sus vacaciones, por autorización directa del alcalde. El 23 de enero de 1998, fecha de la presunta terminación de su descanso legal, se dio cuenta que fue desvinculado del servicio y que en su cargo había otra persona, imagino que se debía al cambio de administración y a la naturaleza del cargo de libre nombramiento y remoción.

Posteriormente el demandante se enteró que en su contra se adelantaba una investigación por el presunto punible de abandono del cargo en la Fiscalía Quinta de Delitos Contra la Administración Pública de Bucaramanga, de conformidad con la denuncia que presentó la Unidad de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía de Bucaramanga, por no haber laborado en el tiempo comprendido entre el 04 de noviembre de 1997 al 14 de enero de 1998.

Al ver esta situación solicitó a Secretaría General de la Alcaldía y a la Unidad de Control Interno Disciplinario, copia del Decreto por medio del cual fue declarado insubsistente advirtiendo que pese a ser el mismo Decreto - N°0023 del 14 de enero de 1998 - su texto variaba, agregándosele a la declaratoria de insubsistencia que reposa en la Unidad de Control Disciplinario de la Alcaldía de Bucaramanga la frase "Por abandono del mismo".

Dado lo anterior, el actor solicita a ese ente que se le sean expedidas copias de los dos Decretos N° 0023 de 14 de enero de 1998, obteniendo como respuesta solo uno de los Decretos, el cual no consagra como causal de retiro el abandono del cargo, y afirmando, mediante oficio SA 1925 que ese es el único documento que al respecto existe en el despacho, lo cual demuestra que ocultaron el Decreto 023 que contiene la frase de "por abandono del cargo".

Además, considera que el Decreto 0023 tenía otra inconsistencia por no haberse notificado personalmente, por tanto solicitó a la oficina de prensa y a la Secretaría General del Municipio, certificación de su publicación en la gaceta municipal o en otro medio, y las comunicaciones que presuntamente se le hicieron informándole sobre la determinación del Alcalde Municipal, obteniendo como respuesta que este tipo de actos no requieren publicación y producen efectos desde su comunicación, y que además, por ser actos administrativos de "Comuníquese y cúmplase" no requieren notificación personal, solo se radican y remiten para conocimiento y trámites de nómina.

En cuanto al proceso disciplinario que se surtía en su contra, el actor solo pudo participar en su trámite para solicitar que se le concediera recurso legal contra la Resolución 002 de 1999, la cual lo sancionaba con la destitución e inhabilidad para ejercer funciones públicas durante un año.

Concedido el recurso de apelación, fue resuelto por Resolución N° 0922 de 1999 que confirmó en lo esencial las sanciones de destitución e inhabilidad.

Normas violadas y concepto de violación

Indica que se violó el Artículo 29 de la Constitución Política, así como los artículos 4, 5, 8, 23 Numeral 4, 94, de la Ley 200 de 1995 y la Ley 190 de 1995 en su artículo 81. Señala que los Decretos 023 de 1992 adolecen de falsa motivación por fundamentarse en razones excluyentes entre sí y el desconocimiento del Derecho de Audiencia y Defensa, pues sin haberse surtido el proceso disciplinario se aplicó la sanción que ha debido ser consecuencia directa del fallo condenatorio.

2. La entidad accionada se opuso a las pretensiones del libelo. Propone como excepciones la "INEXISTENCIA DE FALSA MOTIVACIÓN Y LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA DECLARATORIA DE LA DESTITUCIÓN". Las sustenta en que el cargo no es de carrera, por lo tanto el nominador podía en ejercicio de la facultad discrecional nombrar o remover libremente a sus empleados, en aras de proteger y mejorar el buen servicio público, por lo tanto al referirse a la destitución el acto persiguió un fin contrario al orden jurídico. Finaliza diciendo que se le dio cumplimiento al art. 126 del Decreto 1950 de 1973, que configura como causal autónoma el abandono del cargo, luego de verificar que el demandante no había ido a trabajar y así se lo informó al Alcalde de la época, sin que tal decisión exigiera un proceso administrativo idéntico al de el régimen disciplinario.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Santander, denegó las pretensiones de la demanda y declaró de oficio la caducidad de la acción. Sobre las excepciones propuestas advierte que se tramitarán con el fondo del asunto.

Para declarar la caducidad, frente al Decreto 00023 de 14 de enero de 1998; por medio del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento, establece el día 23 de enero de 1998, dado que fue ese día que el actor tuvo conocimiento de la decisión de la administración, cuando encontró que su cargo era ocupado por otra persona.

Tomando como punto de partida la fecha antes citada para efectuar el conteo de cuatro meses a que se refiere el numeral 2 del Artículo 136 del C.C.A, el Tribunal llegó a la conclusión de que esta finalizó el 24 de mayo de 1998, lapso dentro del cual la parte actora no ejerció la correspondiente acción.

Además, frente a los cargos de violación al debido proceso, derecho de defensa y falsa motivación en los actos administrativos demandados, el A quo los considero infundados, ya que tanto la Resolución N° 0922 de 06 de diciembre de 1999 con la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el accionante en contra de la Resolución N° 0002 de 16 de junio de 1999; contentiva del fallo de primera instancia proferido dentro del proceso disciplinario radicado 98-539, se ajustó a los parámetros del debido proceso, ya que se cumplió con el propósito del Artículo 87 de la Ley 200 de 1995, el cual es agotar los medios idóneos para poner en conocimiento de las decisiones al investigado, ya que se enviaron citaciones para que compareciera a notificarse personalmente y, a la postre se fijó edicto en la Secretaría de la Unidad de Control Interno Disciplinario el 11 de Diciembre de 1998, desfijado el 15 de diciembre del mismo año.

En cuanto a la violación del derecho de defensa, resalta el Tribunal que si bien la actuación de la abogada de oficio se limitó a la presentación del escrito de descargas, no es dable desconocer que el disciplinado, aun sin haber finalizado el procedimiento, logró debatir cada una de las irregularidades que a su juicio afectaron la investigación disciplinaria, exponiendo en escrito sustentatorio del recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, argumentos defensivos con el propósito de desvirtuar la sanción disciplinaria a él atribuida por abandono del cargo.

LA APELACIÓN

En su oportunidad procesal la parte demandante interpuso recurso de apelación.

En aras de que se revoque la sentencia, el apelante sostiene que la caducidad de la acción que el Tribunal decreto carece de cualquier fundamento por cuanto ninguno de los dos Decretos 023 de 1998 fue notificado o comunicado al demandante, lo cual le permite al interesado debatirlos en cualquier momento y el tribunal solo asumió la notificación por conducta concluyente del demandante por el hecho de no regresar a su puesto de trabajo.

Además, la demanda era relacionada con la nulidad del juicio disciplinario 98-5309 el cual culminó con la Resolución 0922 de diciembre 6 de 1999 la cual confirmó las sanciones, notificada el 20 de diciembre del mismo año, de lo que se deriva que el término de caducidad se cumpliría el 20 de abril del 2000, siendo la demanda interpuesta a tiempo el 14 de abril de 2000.

Anota que existe violación al debido proceso porque el Tribunal da por sentada la notificación con la sola tentativa de la misma, desconociendo la Ley que ordena que se debe surtir la notificación personal de una actuación administrativa.

Señala que el a quo no se pronunció frente a la existencia del otro Decreto 023 de 1998, ignorando así las pruebas que le fueron presentadas sobre su existencia, que demuestran la gravedad de la coexistencia de las dos normas y por ello la decisión alcanzada es totalmente irregular.

Finaliza sosteniendo que el Tribunal parcializó el caso, considerando que este tomó la vocería del Municipio y no atendió la totalidad de las pretensiones, pasando por alto lo demostrado en el juicio en donde son los numerosos eventos de violación al debido proceso y la falsa motivación advertida en los dos Decretos 023 de 1998

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Solicita la confirmación de la sentencia impugnada que declaró de oficio la caducidad de la acción y negó las demás pretensiones de la parte actora.

Arguye el Ministerio Público que el apelante no puede endilgar a la administración una conducta irregular cuando afirma que esta no le notificó ni comunicó el acto administrativo demandado contenido en el Decreto 023 de 1998, puesto que el 14 de enero de 1998 adjunto copia de tal acto cuando presentó la denuncia contra el Alcalde Municipal.

Si bien es cierto que la administración incurrió en error al expedir dos actos administrativos con el mismo número, en la misma fecha, pero con diferente contenido, no lo es menos, que el administrado aprovechando tal circunstancia demandó mucho tiempo después de vencido el término de ley, una decisión que el mismo originó y que conoció en tiempo, ya que frente a la ausencia del actor en el desempeño del empleo, la administración nombró, como es apenas obvio, a otra funcionaria en aras precisamente de la prestación del buen servicio público y mientras se adelantaba el proceso disciplinario de rigor como en efecto ocurrió.

Señala que el demandante incurrió en una indebida acumulación de pretensiones al demandar el acto de retiro y el de sanción disciplinaria simultáneamente, y en su momento el a quo debió rechazar la demanda, pero igualmente declaró la caducidad al momento de proferir el fallo de fondo, negando las demás pretensiones de la demanda.

En cuanto a la legalidad de la acción disciplinaria concluye señalando que como bien lo adujo el Tribunal de instancia, la entidad demandada a través de la Oficina de Control Interno Disciplinario surtió las etapas del proceso garantizando los derechos del procesado, lo que da a entender que no le asiste razón al demandante para impetrar la nulidad del proceso disciplinario, en razón a que la entidad demandada, con base en lo dispuesto en la Ley 200 de 1995, adelantó y llevó hasta su culminación la investigación disciplinaria.

CONSIDERACIONES

Antes de abordar el tema de fondo es necesario analizar dos cuestiones previas que atañen el proceso.

Indebida acumulación de pretensiones

Comparte la Sala lo señalado por el Ministerio Público en la existencia de una indebida acumulación de pretensiones, al demandar simultáneamente la declaratoria de insubstancialidad y la nulidad del proceso disciplinario que culminó con las Resoluciones 002 y 922 de 1999, esta última que confirma la sanción de destitución.

Sin embargo, en aras de preservar el principio constitucional de lo sustancial sobre lo procesal y el acceso a la administración de justicia sobre un asunto que lleva varios años en la jurisdicción, la Sala resolverá el litigio de fondo analizando previamente el término de caducidad de los actos sometidos a control jurisdiccional.

Caducidad

Respecto de este fenómeno procesal, la Sala entrará a revisar la vigencia del control jurisdiccional sobre los decretos 023 de 1998 y la investigación disciplinaria radicada con el No. 98-539, junto con sus Resoluciones No. 002 y 0922 de 1999.

En primer lugar, el a quo reconoce de oficio la caducidad del Decreto 00023 de 14 de enero de 1998, por medio del cual declaró insubstancial el nombramiento de Carlos Arturo Duarte Calderón, en el cargo de Secretario General de la Secretaría General de la alcaldía de Bucaramanga, a

partir del conocimiento que tuvo el actor del mismo, cuando al terminar su presunto periodo vacacional (23 de enero de 1998) regresó a su trabajo y encontró que había sido ocupado por otra funcionaria; situación que entendió según se afirma en el libelo, dada la naturaleza del cargo de libre nombramiento y remoción y el inicio de periodo del alcalde Cote peña.

Por tanto, a partir del 24 de enero de 1998 el Juez de primera instancia hace correr el término señalado en el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A., para concluir que operó el fenómeno de la caducidad en razón a que la demanda solo fue presentada el 14 de abril de 2000, análisis que comparte esta instancia, habida cuenta que el control de legalidad debe ejercerse a partir del día siguiente en que se tuvo conocimiento de la ejecución de acto.

En segundo lugar, respecto del Decreto numerado de la misma forma con el 00023 de 14 de enero de 1998 por medio del cual, también se declara insubsistente el nombramiento de Carlos Arturo Duarte Calderón, en el cargo de Secretario General de la Secretaría General de la alcaldía de Bucaramanga, motivado con la frase “por abandono del mismo”, el Tribunal no hizo ningún pronunciamiento, por tal razón se analizará la vigencia del control jurisdiccional.

De acuerdo con el plenario no existe prueba de la fecha en la cual fue notificado o comunicado el Decreto 023 de 1998 referido, para determinar el momento a partir del cual debería contarse el término de cuatro meses de caducidad previsto en el artículo 136 del C.C.A., por lo tanto deberá revisarse el acervo probatorio, y así concretar el momento en que el actor tuvo conocimiento de tal Decreto. Allí se encuentra como punto de referencia la Denuncia N° 3996 (folio 29) de 04 de agosto de 1999, interpuesta por el accionante contra el Alcalde de Bucaramanga por el presunto punible de falsedad en documento público.

En este documento público visible a los folios 30 a 33, se encuentra el denuncio penal contra el alcalde municipal por falsedad, actividad realizada el 4 de agosto de 1999 y no el 14 de enero de 1998 como lo reseña el Procurador Delegado, tal y como consta en la diligencia referida en donde el actor señala: “...como tuve conocimiento de que (sic) la oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía adelantaba una investigación contra mí por un presunto ABANDONO DEL CARGO por lo cual el 14 de julio del presente año solicité que se me expediera copia de todos los folios que componen el expediente relacionado con la precitada investigación, en el día de ayer me acerqué a la oficina de control interno ya mencionadas (sic) con el fin de conocer el expediente el cual se me puso a disposición y con sorpresa ví (sic) que al folio 82 existe copia de un Acto Administrativo expedido por el Doctor LUIS FERNANDO COTE PEÑA alcalde de Bucaramanga con el mismo número y la misma fecha del primer decreto señalado y con sorpresa pude establecer que su contenido era totalmente diferente al primer Acto Administrativo ya que en el segundo si viene (sic) cierto se declara mi insubsistencia mi cargo (sic) pero se le agrega las palabras por abandono del mismo es decir que serían dos Actos Administrativos totalmente diferentes pero como lo dije anteriormente y lo resalto una vez más tienen el mismo número y la misma fecha de lo cual se puede deducir si (sic) equivocación alguna que se trata de una presunta falsedad que el señor Alcalde de Bucaramanga ha cometido...”.

De lo trascrito se evidencia que conoció el acto el 3 de agosto de 1999, de manera que, se provoca la notificación por conducta concluyente, por lo que el término de caducidad para la presentación de la demanda sería el 6 de diciembre de la misma anualidad, siguiente día hábil calendario, por contera que al presentarse la demanda el 14 de abril de 2000, excedería el término de los 4 meses señalados por la norma como máximo para ejercer el control de legalidad sobre este acto.

Sobre la notificación por conducta concluyente esta Corporación ha señalado:

Cabe observar aquí que la notificación por conducta concluyente es una garantía tanto para la administración como para el administrado, que no se da por sí sola sin que medie comportamiento del que se deduzca inequívocamente el conocimiento del acto; y que le abre así las puertas para el control de los actos administrativos cuando la administración no cumple con el deber de notificación que tiene. Y es por eso que la persona, que debiendo ser notificada personalmente o por edicto de un acto que la perjudica o afecta, puede asumir las siguientes actitudes: aceptar que lo conoce para conformarse con él; recurrirlo gubernativamente cuando ello sea posible o impugnarlo jurisdiccionalmente cuanto no tenga recursos o sólo sea susceptible de reposición.

...En otros términos, es supuesto de esa notificación asumir frente a él una conducta inequívoca de conocimiento como lo es la de convenir en su contenido, recurrirlo o accionarlo; y no lo es, por contera, como sucedió aquí, manifestar que no se conoce y pedir su notificación.¹

La caducidad es una institución jurídica que limita en el tiempo el ejercicio de la acción; su verificación es muy simple. Para que se tipifique se requiere el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción una vez iniciado el término con la publicación, notificación o comunicación, o ejecución del acto, según el caso, lo que ocurría de ahí en adelante no tiene la virtualidad para modificar el plazo perentorio y de orden público señalado en la ley.

De manera que concluye la Sala, el Decreto numerado 0023 de 14 de enero de 1998, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor y que adiciona la frase “por abandono del cargo”, también encuentra caducado su control jurisdiccional.

En tercer lugar, los otros actos demandados devienen de los producidos en el proceso disciplinario radicado con el No. 98-539 y cuyas decisiones fueron resueltas con la Resolución No. 002 de 16 de julio de 1999, que declaró probado y no desvirtuado el cargo de abandono del cargo e impuso la sanción de destitución; y la Resolución No. 0922 del 6 de diciembre del mismo año, que resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión anterior.

La notificación de este último acto se produce el 20 de diciembre de 1999 (fl. 77 vuelto) y la demanda se presenta el 14 de abril de 2000, lo que indica, que respecto de la actuación disciplinaria no se produce la caducidad, razón por la cual, la Sala entrará a revisar de fondo el asunto.

El proceso disciplinario

Se deriva del caudal probatorio que el señor Carlos Arturo Duarte Calderón, laboró en el Municipio desde el 20 de noviembre de 1996 hasta el 14 de enero de 1998 (fl. 98). Se tiene además que estuvo incapacitado hasta el 3 de noviembre de 1997 y que a partir del 1 de enero de 1998, no volvió más a su cargo, motivo por el cual su nombramiento fue declarado insubsistente, iniciándosele un proceso disciplinario por tal concepto, que terminó en destitución.

El actor en su recurso de apelación sobre este punto expone el siguiente cargo:

Violación del art. 29 de la Constitución Nacional, sustentado en que primero destituyó al demandante por abandono del cargo y meses después inicio la investigación disciplinaria para establecer esa causal; además la insubsistencia es una medida administrativa que no puede coexistir con otra punitiva, sin violación al debido proceso. El municipio no cumplió con las prescripciones de la Ley 200 de 1995, principalmente con los artículos 8 y 14; además que el defensor de oficio no debería haber tenido nexos de dependencia profesional y económica con el municipio, porque altera la imparcialidad.

Veamos entonces el primer argumento sustentado en que primero destituyó al demandante por abandono del cargo y meses después inició la investigación disciplinaria para establecer esa causal.

La jurisprudencia del Consejo de Estado venía sosteniendo que la vacancia del cargo por abandono era una de las formas autónomas establecidas en la ley para la cesación de funciones o retiro del servicio público, sin que para ello fuera necesario adelantar proceso disciplinario alguno.

Con posterioridad, la Sección Segunda, Subsección A, sostuvo² que a partir de la expedición del Código Único Disciplinario (Ley 200 de 28 julio de 1995) "el abandono injustificado del cargo o del servicio" era considerado claramente por el legislador como una falta disciplinaria gravísima. Significaba, entonces, que las autoridades estarían en la obligación de adelantar un proceso disciplinario con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho de audiencia y defensa, conforme a las leyes sustantivas y procesales preexistentes a la falta cometida, en los términos establecidos en los artículos 29 de la Constitución Política y 1 y siguientes de la Ley 200 de 1995.

La Sala Plena de la Sección Segunda, con el fin de unificar la jurisprudencia, en sentencia de 22 de septiembre de 2005³ recogió el anterior planteamiento jurisprudencial sobre la materia y precisó:

"...si bien se trata de una misma circunstancia: el abandono injustificado del servicio, comporta efectos autónomos distintos cuando se trata de regular la función pública que cuando se trata de disciplinar a los funcionarios. En esa medida mal puede la causal de abandono del cargo sólo aplicarse previo un proceso disciplinario, pues frente a la administración pública es menester que el nominador cuente con esa herramienta para designar un funcionario en reemplazo del que abandonó sus tareas, para así lograr la continuidad de la prestación del servicio público, fin que no es otro al que apunta esta figura en la función pública".

Esta causal de retiro para los empleados públicos de carrera es consagrado en igual sentido, es decir, en forma autónoma, en las leyes que han gobernado el sistema de carrera (Ley 27 de 1992, art. 7; Ley 443, art. 37 y Ley 909 de 2004, art.41).

El abandono del cargo, debidamente comprobado, es una de las formas de la cesación de funciones o retiro del servicio, que puede ser objeto de sanción, si se dan los supuestos para que se produzca la falta gravísima a que aluden las normas disciplinarias, tanto la ley 200 de 1995 art. 24 numeral 8, como la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, artículo 48 numeral 55, mandatos que la consagran como falta gravísima.

Los hechos constitutivos del abandono del cargo dan lugar no solo a la iniciación de una investigación disciplinaria que puede culminar, en caso de comprobación de las faltas imputadas, en la "destitución" del investigado; sino también -aunque el proceso disciplinario se encuentre en trámite-, a que la administración declare la "vacancia por abandono del cargo" que es una causa de retiro del servicio diferente a la "destitución" y que opera de forma autónoma.

No ocurre así con la consagración que hace de este acontecimiento las normas que gobiernan la función pública como se deduce de la lectura de los preceptos citados, tanto para los funcionarios de libre nombramiento como para los de carrera, la declaratoria de vacancia por abandono del cargo no señala condicionamiento alguno de culpabilidad, sólo basta que este ocurra, en los términos del artículo 126 del decreto 1950 de 1973, para que la administración pueda proveer el servicio, designando a la persona que va a ocupar el lugar del funcionario que sin mediar causa hace dejación de su empleo. Es una previsión que favorece en principio a la administración no al administrado y que tiene razón lógica en la protección del interés general que anima el servicio público, el cual no puede suspenderse por el abandono que haga un funcionario de sus deberes, en los términos del artículo 126 del decreto 1950 de 1973, que dispone:

"ARTICULO 126. El abandono del cargo se produce 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 concurra 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, y

4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de remplazarlo.

ARTICULO 127. Comprobado cualquiera de los hechos de que trata el artículo anterior, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo, previo los procedimientos legales.

ARTICULO 128. Si por el abandono del cargo se perjudicare el servicio, el empleado se hará acreedor a las sanciones disciplinarias y a la responsabilidad civil o penal que le corresponda".

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 este orden de ideas, la declaratoria de insubsistencia previa por vía administrativa y la declaratoria de destitución por vía disciplinaria, son independientes, no depende una de la otra, no son excluyentes, poseen trámites diferentes, competencia funcional diversa y con una semejanza: la misma causal: abandono del cargo.

De manera que, no es ilegal la actuación de la administración, cuando actúa primero, con el procedimiento administrativo y luego con el procedimiento disciplinario, razón por la cual el cargo por este argumento no prosperará.

El siguiente argumento del censor que soporta el cargo sobre el proceso disciplinario, está sustentado en que el municipio no cumplió con las prescripciones de la Ley 200 de 1995, principalmente con los artículos 8 y 14.

Estos artículos están referidos a la presunción de inocencia en el artículo 8 que señala "*PRESUNCION DE INOCENCIA. El servidor público o el particular que ejerza función pública a quienes se atribuyan una falta disciplinaria se presumen inocentes mientras no se declare legalmente su responsabilidad en fallo ejecutoriado*".

A su vez el artículo 14 dispone: "*CULPABILIDAD. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa*".

No encuentra la Sala análisis sobre la violación a tales normas, sin embargo se hará un estudio del proceso disciplinario adelantado por Control disciplinario contra el demandante.

El proceso disciplinario por abandono del cargo se inicia con indagación preliminar por oficio de 9 de enero de 1998 (según se aclara en el testimonio visto al folio 95), que la Secretaria General, Leonor Patricia Celis Aponte, le enviará al Alcalde de Bucaramanga informándole que el doctor Carlos Arturo Duarte Calderón, no se había presentado a trabajar en lo iba corrido del año y que según recursos humanos tenía incapacidad hasta el 3 de noviembre de 1997, situación que certifica el Director de recursos humanos al afirmar que el titular del cargo, Dr. Duarte debía estar en ejercicio de sus funciones.

Dentro de este trámite se citó a rendir exposición libre y espontánea al Dr. Duarte Calderón, pero según informe de la funcionaria investigadora, no residía en la dirección que suministro Recursos Humanos (fl 97).

Cumplida la etapa de indagación sin que pudiera escucharse al Dr. Duarte, se inicia el proceso de investigación disciplinaria mediante auto de 1 de junio de 1998 y de ello se le informa al investigado según oficio de junio 2 de 1998 (fl. 112). Al folio 122 se encuentra una constancia procesal de la profesional universitaria, Claudia Franco, en la que informa que el señor Carlos Arturo Duarte Calderón, no compareció a rendir la exposición espontánea, pues no reside en la dirección suministrada por Recursos Humanos.

El 18 de noviembre de 1998, se eleva pliego de cargos contra el ex funcionario Carlos Arturo Duarte Calderón, por abandonar injustificadamente el cargo de Secretario General de la Secretaría General de la Alcaldía de Bucaramanga, desde el día 4 de noviembre de 1997 hasta el 14 de enero en que fue declarado insubsistente (fl. 180) notificado por edicto, el cual fue desfijado el 15 de diciembre de 1998, se practican y reciben varias pruebas: testimoniales, documentales tendientes a demostrar hasta cuando trabajó el investigado, la razón de su ausencia, allegaron las incapacidades, antecedentes, etc.

Se le designa defensora de oficio con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa (fl.187), la cual se posesiona el 29 de mayo de 1999 (fl.189), se le reconoce personería (fl. 190) y presenta descargos el 1 de junio de 1999. El 14 de julio del mismo año, el investigado solicita se le expida copia de la investigación que se adelanta en su contra, lo cual se acepta con fecha de julio 15 de la misma anualidad.

El 16 de julio de 1999, se profiere la Resolución No. 022 en donde Control Disciplinario hace análisis jurídico de las pruebas recaudadas en la investigación, las cuales fueron numerosas, estudia además los descargos sobre los que señala no fueron prolíjos, "presume este Despacho sea en razón a la contundencia del material probatorio que se recolectó contra el Disciplinado y es tanto que la misma apoderada considera que las pruebas son conducentes y suficientes para declarar como Abandonado el Cargo."

Como conclusión de ese análisis resolvió: "Declarar Probado y No Desvirtuado el cargo que le fue atribuido a CARLOS ARTURO DUARTE Calderón.... Imponer a CARLOS ARTURO DUARTE CALDERON,... una sanción principal de destitución, la cual es notificada el 3 de agosto en forma personal al implicado, decisión contra la cual interpone recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la decisión sobre la base que no

laboró ningún día del 1 al 13 de enero por tener la certeza que estaba disfrutando de vacaciones correspondientes al periodo del 20 de noviembre de 1996 al 19 de noviembre de 1997, en consideración a que se había cumplido el tiempo para disfrutarlas, pero que no se explica porque no se las decretaron. Justifica su conducta en la convicción errada e invencible de que la conducta no constituía falta disciplinaria, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 200 de 1995.

El recurso fue resuelto mediante Resolución No. 0922 de 6 de diciembre de 1999 y en ella se confirmó la sanción, modificando la fecha del abandono del cargo, la cual quedó probada del 1 al 13 de enero de 1998.

La revocatoria fue negada porque no había soporte documental que demostrara que las vacaciones habían sido decretadas y menos aplazadas, por tanto su justificación no tenía ningún asidero.

De acuerdo a la síntesis precedente, encuentra la Sala que del caudal probatorio correspondiente a la investigación disciplinaria, se tiene que se conservaron las formas propias de un proceso de esta naturaleza, que no hubo violación al debido proceso, ni al derecho a la defensa, que el disciplinado pudo controvertir la decisión exponiendo sus argumentos y criterios para lograr la revocatoria de la decisión, pero que finalmente las pruebas allegadas fueron contundentes y los argumentos del disciplinado no lograron enervar lo probado, para que la segunda instancia confirmara la decisión.

Es así, como de la manifestación del Dr. Duarte se encuentra que no asistió a cumplir con los deberes de su cargo del 1 al 13 de enero porque estaba convencido de que se encontraba en vacaciones, justificación que no encuentra asidero en el ritual administrativo, ni en la formación profesional del actor y menos aún en su experiencia, habida cuenta, que era su deber conocer que ningún funcionario puede ausentarse de su ejercicio laboral sin que medie un acto administrativo que así lo disponga; si la función pública se manejara por presunciones, sería caótica e imposible la organización y contraria a la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales. Los instrumentos de la actividad, como el acto administrativo, procuran dentro de un contexto eminentemente finalístico, materializar estos contenidos

De tal manera el acto administrativo que reconoce este derecho debe ser previo, indicar las condiciones en que se reconocen, como fecha de inicio, finalización y demás condiciones que concreten el derecho, de manera que, no es justificable la actitud, ni la versión del demandante y más aún cuando su labor se desarrollaba en la Secretaría General que lleva el control de los actos expedidos.

Así las cosas, esta Sala confirmará la sentencia del 15 de junio de 2007, complementándola con la declaratoria de oficio de la caducidad del Decreto 023 de 1998 por medio del cual se declaró insubsistente al actor por abandono del cargo.

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

DECLARASE la caducidad del Decreto 023 de 14 de enero de 1998, por medio del cual se declara *"insubsistente el nombramiento hecho al doctor CARLOS ARTURO DUARTE CALDERÓN, para el cargo de Secretario General de la Secretaría General de la Alcaldía, por abandono del mismo".*

CONFIRMASE la sentencia del 15 de junio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que declaró de oficio la excepción de caducidad frente al Decreto 023 de 14 de enero de 1998 y denegó las demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

LA ANTERIOR PROVIDENCIA FUE ESTUDIADA Y APROBADA POR LA SALA EN SESIÓN CELEBRADA EN LA FECHA.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

^[1] Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Providencia del 1º de septiembre de 1995. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo

^[2] Sentencias del 21 de junio de 2001. Exp. 533-00 y 18 de noviembre de 2004. Exp. 5620-03, entre otras.

^[3] REF: 110010325000200300244-01(2103-03) ACTOR: CRISTINA LARA CASTRO M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.