

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

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014).-

REF: EXPEDIENTE No. 190012331000200200325 01
NUMERO INTERNO 1036-2010
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: IVES HUMBERTO SANDOVAL ZÚÑIGA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 14 de diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por Ives Humberto Sandoval Zúñiga contra La Nación – Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura.

La demanda

Ives Humberto Sandoval Zúñiga, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó la nulidad de las Resoluciones Nos. 015 de 11 de julio de 2001 y 023 de 1 de noviembre del mismo año, por medio de las cuales la Juez 1º Laboral del Circuito de Popayán declaró la

vacancia del cargo, negó la solicitud de reintegro y resolvió los recursos interpuestos (fls. 16-23).

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene su reintegro al cargo de sustanciador grado 9 que venía desempeñando o a otro igual o de superior categoría; el pago de los sueldos, primas, auxilios, subsidios, incrementos, reajustes, vacaciones, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el 27 de octubre de 2000, hasta cuando se produzca su reintegro, debidamente indexadas según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE; que se declare que no ha existido solución de continuidad; cancelar los intereses a que se refiere el artículo 177 del C.C.A.; que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 173 y 176 *ibídem.*; y que se condene en costas a la demandada.

Basó su *petitum* en los siguientes **HECHOS**:

El actor ingresó a la Rama Judicial el 21 de septiembre de 1976, prestando sus servicios en diferentes Juzgados, hasta el 26 de octubre de 2000¹, cuando fue privado de su libertad por orden de la Fiscalía 005, Grupo 02 de Popayán.

El 24 de septiembre de 1979 se vinculó al Juzgado Laboral del Circuito de Popayán (actualmente Juzgado 1º Laboral del Circuito de Popayán) desempeñando los cargos de citador, escribiente 5 y sustanciador 9 en provisionalidad.

¹ En la demanda inicial, señaló haber laborado hasta el mes de junio pero, en la corrección de la misma obrante a folio 127, señaló como fecha de retiro el 26 de octubre de 2000.

La Juez 1º Laboral del Circuito de Popayán, atendiendo la solicitud de la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Fiscalías 005, Grupo 02, suspendió al actor del cargo de sustanciador, grado 9.

Favorecido con la libertad provisional, el 27 de junio de 2001 solicitó a la Juez 1º Laboral su reintegro al cargo de sustanciador, grado 9, pues se encontraba escalafonado en carrera judicial como escribiente grado 5, al momento de ser suspendido por orden de la Fiscalía.

Dicha petición fue negada por medio de la Resolución No. 015 de 11 de julio de 2001 que, además, declaró la vacancia del cargo de escribiente.

Contra esta decisión, el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos en forma negativa a través de la Resolución No. 023 de 1 de noviembre de 2001.

A juicio del actor, la Juez violó el derecho al reintegro del actor, cuando dejó de aplicar los artículos 147 y 150-3 de la Ley 270 de 1996 y 119 del Decreto reglamentario 1660 de 1978 para aplicar indebidamente los artículos 135-2 y 149-7 de la Ley 270 citada; 139 del Decreto 1660 ibídem, al igual que el 126 del Decreto reglamentario 1950 de 1973 que regulan las causales de retiro por abandono del cargo.

Las decisiones administrativas proferidas por la Juez no sólo han causado daños y perjuicios al actor, sino también a la esposa e hijos quienes dependen económicamente de él.

Las normas violadas

Fundamentó como disposiciones violadas las siguientes:

De la Constitución Nacional, los artículos 1, 2, 5, 13, 25, 29, 42, 44, 45 y 48; 119 y 140 del Decreto 1660 de 1978; 5 de la Ley 58 de 1982; 164 de la Ley 446 de 1998; 35, 82, 83, 85, 206 y ss. del Código Contencioso Administrativo.

Al actor se le declaró la vacancia del empleo por el supuesto abandono del cargo, sin haber sido oído previamente como lo exigen las normas, disposiciones que imponen a las autoridades públicas la obligación y deber de aplicar el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas.

No es cierto que el actor tuviera un término de 30 días de que trata el artículo 139-1 del Decreto Reglamentario 1660 de 1978 para solicitar el reintegro, pues este artículo hace referencia a situaciones administrativas diferentes al empleado judicial suspendido por una orden de naturaleza penal; por lo tanto, las disposiciones jurídicas que estatuyen gravámenes y restricciones para los administrados no admiten aplicaciones extensivas o análogas como lo sostienen los actos impugnados.

Tampoco incurrió en la causal de retiro por abandono del cargo pues, las funciones del cargo continuaron desempeñándose por la persona que lo reemplazó cuando fue suspendido del mismo, y debieron terminar una vez se ordenara el reintegro del actor, de conformidad con el parágrafo del artículo 147 de la Ley 270 de 1996, norma que no fue aplicada por la Juez.

La contestación de la demanda

El Consejo Superior de la Judicatura, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que la actuación de la Juez 1ª Laboral de Popayán, se ajustó a derecho y respetó las garantías procesales (fls. 116-126).

Mediante Oficio de 2001, la Fiscalía Delegada informó al Juzgado 1º Laboral que previa caución prendaria realizada el 3 de mayo de la misma anualidad, el señor Sandoval Zúñiga gozaba de libertad provisional.

Entre la fecha de suspensión por la solicitud de orden penal establecida en el artículo 135-2 de la Ley 270 de 1996 y la petición de reintegro (27 de junio de 2001) del demandante, transcurrieron 35 días hábiles, tiempo en el cual el actor debió regresar al servicio activo o justificar en forma legal la tardanza en solicitar el reintegro, pero no lo hizo.

A folio 160 la entidad contestó la aclaración de la demanda. Señaló que el abandono del cargo es enunciado por el artículo 25 del Decreto ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año y desarrollado por el artículo 105 del Decreto 1950 de 1973 como causal autónoma de retiro del servicio. El que el artículo 127 del Decreto 1950 citado, se refiera a declarar la vacancia del empleo “*previo los procedimientos legales*”, no significa la iniciación de un proceso administrativo disciplinario, pues se trata de una causal autónoma de cesación de funciones y retiro del servicio. El hecho de que posteriormente se inicie una investigación disciplinaria es otro camino administrativo que conlleva a la destitución del cargo, por ser considerado falta gravísima.

La sentencia de primera instancia

El Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 218-236):

El artículo 135 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia establece que los funcionarios de la Rama Judicial pueden encontrarse en algunas de estas situaciones administrativas: *“1. En servicio activo, que comprende el desempeño de sus funciones, la comisión de servicios y la comisión especial; 2. Separados temporalmente del servicio de sus funciones, esto es: en licencia remunerada que comprende las que se derivan de la incapacidad por enfermedad o accidente de trabajo o por el hecho de la maternidad, y las no remuneradas; en uso de permiso; en vacaciones; **suspendidos por medida penal** o disciplinaria o prestando servicio militar.”*

Frente a la orden emitida por un Fiscal no cabe ninguna discusión por parte del nominador, es decir, no tiene ningún poder decisorio sobre la misma en tanto debe proceder a la suspensión del cargo del empleado. La libertad física del implicado por el paso del tiempo sin que se califique el mérito sumarial, en modo alguno hace desaparecer la medida de aseguramiento de detención preventiva emitida por un Fiscal, la cual sigue vigente y es presupuesto necesario para que se den las demás etapas del proceso.

No es cierto como lo consideró el actor, que por el simple hecho de recuperar su libertad por el vencimiento de términos procesales haya lugar al reintegro de su cargo, toda vez que la suspensión del empleo se debió a una medida de aseguramiento tomada por el Fiscal que instruye el proceso, en la cual no le es dable al nominador tomar ningún tipo de determinación

mientras esa orden no sea cancelada o revocada o modificada por dicho funcionario.

Es diferente que la ley disponga unas causales de libertad provisional, las cuales operan con el lleno de los supuestos de hecho y de derecho que allí se establecen, que no tienen la virtud de hacer desaparecer la medida de aseguramiento, excepto que la misma sea revocada porque los supuestos probatorios hayan cambiado.

En el presente caso no se demostró que la orden de suspensión fuera modificada, alterada o revocada por el Fiscal que la ordenó, lo cual quiere decir que la misma se encontraba vigente. El hecho de haber recobrado la libertad por vencimiento de términos, no trae aparejado el derecho a ser reincorporado al cargo como lo pretende el demandante. Consideró que las hipótesis de reintegro al cargo señaladas en el artículo 147 de la Ley 270 de 1996, no pueden ser otras que la preclusión de la investigación, cesación del procedimiento, condena o absolución, siendo entonces la libertad provisional una hipótesis no consagrada en la Ley Estatutaria para que un funcionario suspendido por la autoridad judicial sea reincorporado a sus funciones.

Citó jurisprudencia del Consejo de Estado en donde se ha indicado que la cesación de la suspensión judicial en el ejercicio del cargo debe ser tomada por la autoridad judicial y comunicada al nominador para que genere los efectos pertinentes. Como esta situación no se dio así, concluyó, que la disposición de la Juez se ajustó a derecho, más no por los motivos en que se fundó, pues no podía decretar la vacancia del cargo por la simple libertad provisional, creyendo que debía reintegrarse inmediatamente a sus funciones, sino que, conforme con el artículo 147 citado, sólo procedía con la

orden emitida por el Fiscal que suspendió al actor en el ejercicio del cargo porque la medida fue levantada, modificada o revocada.

El recurso de apelación

La parte demandante, por intermedio de apoderado, interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído solicitando en el mismo escrito, adición de la sentencia, con la siguiente exposición (fls. 210-246):

En cuanto a la adición, consideró que los argumentos expuestos en la parte considerativa de la sentencia indicaban que la Juez expidió ilegalmente los actos administrativos impugnados al declarar la vacancia del cargo pero, en la parte resolutive, de manera incongruente, no declaró la nulidad de los mismos, sino que negó las pretensiones de la demanda, es decir, no atribuyó ninguna consecuencia jurídica al proceder ilegal de la administración, causal específica de nulidad, conforme con el artículo 84 del C.C.A. de 1984.

Según los considerandos de la sentencia, el actor tendría derecho al reintegro al cargo una vez se resolviera favorablemente el proceso penal, lo cual se hace imposible al quedar ejecutoriada la sentencia que se recurre; por lo tanto, solicitó se adicione la sentencia en cuanto a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados.

Como sustento del recurso reiteró los argumentos de la demanda. Afirmó que no existe norma legal que consagre expresamente un término para formular la solicitud de reintegro, y que el derecho al trabajo es un principio fundamental en el Estado Social de Derecho, que debe ser protegido.

Consideró que una vez obtenida la libertad provisional, tenía el derecho constitucional y legal de solicitar a la autoridad nominadora el reintegro al cargo en cualquier tiempo, y no como lo señaló el *a quo* cuando se resolviera el proceso penal, pues el resultado favorable del mismo se exige para que le reconozcan el dinero dejado de percibir durante el tiempo de la privación de la libertad.

El artículo 139-1 del Decreto Reglamentario 1660 de 1978 en que se fundó el acto administrativo argumentó no era la norma a aplicar, pues el actor no se encontraba en ninguna de las situaciones administrativas allí señaladas; por lo tanto se debió aplicar el principio de favorabilidad en beneficio del demandante.

No se pronunció el *a quo* sobre la inaplicabilidad de las normas señaladas para declarar la vacancia del cargo ni sobre la violación al debido proceso en la expedición de los actos impugnados y, de contera ignorando los medios probatorios arrojados al proceso que demuestran los hechos u omisiones de la acción incoada, contraviniendo el artículo 170 del C.C.A. que señala que el Juez debe estudiar los hechos, las pruebas y normas jurídicas invocadas con el objeto de resolver todas las peticiones propuestas.

Finalmente reiteró que la administración incurrió en falsa o errónea motivación y violación de la ley, sin que al *a quo* hiciera pronunciamiento alguno.

El Ministerio Público

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, presentó escrito en el que solicitó confirmar la sentencia apelada (fls. 277-284).

Hizo un recuento de las actuaciones que dieron lugar a los actos demandados y de las normas aplicables al caso para concluir, que es cierto que no hay regla exacta para el supuesto fáctico en que incurrió con su conducta el demandante, por lo que, consecuentemente, no hay mandato jurídico aplicable a su actuar; sin embargo consideró que la lectura y análisis crítico de los acontecimientos, se debe dar bajo las orientaciones de la escuela teleológica o finalista², por la manera en que discurrieron los hechos y el alcance que tuvieron.

Adujo el Ministerio Público, que al Juez le asiste el deber de *“decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho sustancial y procesal”* (artículo 37, ordinal 8 del C.P.C. aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A.), obligación sustantiva que conlleva el ejercicio de la integración normativa que, para el objeto litigioso, se cumplió a cabalidad al señalarse motivadamente los sustentos fácticos y jurídicos, sin que pueda predicarse la nulidad por el hecho de haberse enunciado un artículo aplicable a la rama ejecutiva (artículo 126 del Decreto reglamentario 1950 de 1973) pues su contenido es similar al aplicable a la rama judicial (artículo 139 del Decreto 1160 de 1978) por lo que no se desconoció el principio de hermenéutica que ordena darle prelación a la norma especial.

² Sentencia S-C-569 de 2000, M.P. Gaviria Díaz.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico.

Está encaminado a resolver si los actos administrativos a través de los cuales la Juez 1º Laboral del Circuito de Popayán declaró el abandono, vacancia y retiro del servicio de Ives Humberto Sandoval Zúñiga y le negó el reintegro al cargo de Sustanciador Grado 9, están viciados de nulidad por violación al debido proceso e infracción a normas superiores, o por el contrario fueron expedidos conforme a lo dispuesto en la Ley 270 de 1996 y el Decreto Reglamentario 1660 de 1978.

Lo planteado se resolverá bajo la siguiente estructura: A) situaciones administrativas de los empleados de la Rama Judicial. B) Causal autónoma del abandono del cargo. C) Suspensión del ejercicio funcional cuando hay medida de aseguramiento. Procedencia del reintegro en caso de libertad de condicional por vencimiento de términos. D) Caso concreto. Cargos planteados: violación al debido proceso y violación a normas superiores.

Lo probado en el proceso.

i) Derechos de carrera.

Obran copias de las Resoluciones Nos. 079 de 22 de julio de 1987 (fl. 75, Cdno. 2) en la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, inscribió en la carrera judicial al actor en el cargo de citador, grado 4 del Juzgado Laboral del Circuito de

Popayán; y 187 de 8 de abril de 1997 (fl. 42 Cdo. 2), donde el Consejo Seccional de la Judicatura del Cauca actualizó su inscripción de escribiente grado 5 en el Juzgado que ahora pasó a denominarse Juzgado 1º Laboral de Popayán, en virtud de la redistribución ordenada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo No. 136 de 1996.

Posteriormente, por Resolución No. 539 de 11 de diciembre de 2001 (fl. 18, Cdno. 2), el Consejo Seccional de la Judicatura del Cauca, Sala Administrativa, excluyó de la carrera judicial al demandante de conformidad con la Resolución No. 015 de 11 de julio de 2001, expedida por la Juez 1º Laboral de Popayán.

ii) Antecedentes penales y administrativos del caso.

A folio 2, se allega copia de la Resolución No. 014 de 7 de noviembre de 2000 por medio de la cual la Juez 1º Laboral suspende al actor del cargo de sustanciador, grado 9 en provisionalidad, conforme con solicitud presentada por la Fiscalía General de la Nación dentro de la investigación penal adelantada en su contra.

A folio 4, se encuentra copia de la solicitud de reintegro presentada por el actor a la Juez 1º Laboral el 27 de junio de 2001, con fundamento en el artículo 116-B de la Ley 200 de 1995, que permite su regreso en virtud del beneficio de la libertad provisional.

Presentada la solicitud, consideró la Juez que como la suspensión del actor se dio por solicitud de la Fiscalía General de la Nación para hacer efectiva la medida de aseguramiento dictada en su contra, es decir, en virtud del artículo 147 de la Ley 270 de 1996 y no por la investigación disciplinaria que se le seguía en su contra, la cual

se seguía por la Ley 200 de 1995, se hacía necesario determinar si dicha solicitud de reintegro se había presentado dentro de la oportunidad que señala la norma, esto es, dentro de los 30 días siguientes; por tal motivo mediante Resolución No. 007 de 6 de julio de 2001 ofició a la Fiscal 002-001 para determinar la fecha en que el señor Sandoval Zúñiga empezó a gozar del beneficio de libertad provisional (fl.34).

La respuesta a la petición del demandante se dio a través de la Resolución No. 015 de 11 de julio de 2001 (fl. 6) en la que la Juez 1ª Laboral declaró la vacancia del cargo. Consideró que conforme con la respuesta de la Fiscalía General, el demandante entró a gozar del beneficio de libertad provisional a partir del tres (3) de mayo de 2001 (fl. 37) y solo solicitó el reintegro 35 días hábiles después, sin que presentara justificación legal por la demora en la petición; igualmente señaló que conforme con el ordinal 2 del artículo 135 de la Ley 270 de 1996, el actor se encontraba en la situación administrativa de “separado temporalmente del servicio” lo que implicaba que, una vez desaparecida la causal de separación, debía reintegrarse en forma inmediata al servicio activo; que como tal situación no se dio, incurrió en la causal que motiva el retiro del servicio según el artículo 149-7 de la Ley 270 de 1996 (fl. 6), es decir, por abandono del cargo.

Contra dicha Resolución, el actor interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación (fl. 9), argumentando que la demora en la solicitud de reintegro se debió a una incapacidad de 5 días por “presentar un procedimiento de Hidro Nefritis”, anexando la constancia junto con la historia clínica a folios 43 y 44.

Sobre estos documentos, la Juez ordenó confirmar la veracidad de los mismos a través de la Resolución No. 016 de 3 de agosto de 2001 (fl. 56), por considerar que los certificados médicos aportados no reunían los requisitos de que tratan los

artículos 34, 50 y 51 de la Ley 23 de 1981 y 28 y 29 del Decreto Reglamentario 3380 de 1981, ordenando algunas pruebas de oficio, entre ellas: i) oficiar a Saludcoop EPS para que remitiera una EPICRISIS de la historia clínica del demandante al igual que certifique si ha tenido un procedimiento de Hidro Nefritis. La respuesta a dicha solicitud, obra de folios 65 a 68 en la que Saludcoop informó que “la Hidronefritis no es un procedimiento sino una patología” y que no hay antecedentes en la historia clínica (fl. 65) del actor; ii) solicitar a la Oficina de control de registros de los profesionales de la salud, a quien corresponde el registro médico 3321 (doctor que firmó la incapacidad). La respuesta a ello consta a folio 70 indicando que con ese registro no se encuentra ninguna inscripción, lo que hace necesario aportar el nombre del médico para determinar si está inscrito o no; y iii) solicitar a la Dirección Departamental de Salud certificar a que patología corresponde el código 5920 y cuáles son los requisitos de debe contener un certificado médico. La respuesta es visible a folio 69, en el que se informa que el código corresponde “cálculo renal”, al igual que se anexan los requisitos, que entre otros debe llevar: lugar y fecha de expedición, persona o entidad que lo expide, estado de salud del paciente, tratamiento, etc.

De otra parte, en dicha Resolución la Juez ordenó tomar declaración a dos médicos idóneos para aclarar las dudas. El doctor Julio Cesar Klinger Hernández, (fl. 82) manifestó que de conformidad con la historia clínica que se le puso de presente, el paciente sufrió de una litiasis aguda, es decir, cálculos renales que pueden aparecer en cualquier momento; que la incapacidad cuando no se complica dura alrededor de 12 a 24 horas tal como parece ser sucedió en ese caso donde no evidenciaba complicaciones; sobre la incapacidad de cinco días, consideró que podría ser adecuada dependiendo del cuadro presentado, el cual no estaba registrado en la historia observada; sobre el formato de la incapacidad, indicó que respetaba el

hecho de hacerla en los recetarios dados por los laboratorios, pero que él personalmente no lo haría, pues todo médico debe identificarse; señaló conocer al médico Juan Carlos Vidal Barragán, quien suscribe la incapacidad como alguien honorable en su profesión y que desconoce su actual ejercicio. Por su parte, el doctor Jaime Efraín Enríquez Zarama (fl. 87) indicó que el diagnóstico que se le puso de presente lo debía hacer un médico general y no una enfermera profesional; adujo que de acuerdo a lo escrito en la historia clínica que no es muy clara y usa abreviaciones (que no es permitido), la incapacidad debió ser de 72 horas porque los datos clínicos consignados corresponden a un cuadro agudo.

Posteriormente, mediante Resolución No. 020 de 28 de agosto de 2001 (fl. 72), se complementó la Resolución No. 16 de 2001, solicitando a la Dirección Departamental del Cauca, el registro médico del doctor Juan Carlos Vidal, su especialidad y si tiene que ver con Nefrología, al igual que el de la enfermera Marlen Sanjorge. La respuesta a dicha solicitud obra a folio 89 en el cual se informa que una vez el médico se ha graduado, debe realizar un año de servicio social el cual, para poder ejercerlo debe existir una resolución que lo autorice; por lo tanto, el registro corresponde a la resolución que lo autoriza, seguida del año.

El 7 de septiembre de 2001, la Juez 1 Laboral mediante la Resolución No. 021 citó al médico Juan Carlos Vidal (fl. 78).

Los recursos interpuestos, fueron resueltos a través de la Resolución No. 023 de 1 de noviembre de 2001 (fl. 13) confirmando en todas sus partes la Resolución 015 de 2001. El fundamento para negar el recurso se basó en que no fue posible establecer la veracidad de las certificaciones médicas aportadas por el demandante con el escrito de reposición y con las cuales pretendía justificar la demora en ejercer sus

derechos; como tampoco afirmó, se logró constatar que efectivamente habían sido expedidas por el profesional médico que las suscribía (fl. 70).

El Jefe de la Dirección Departamental de Salud, a folio 169, contestó un derecho de petición del actor indicando que el médico Juan Carlos Vidal Barragán se encuentra registrado como Médico y Cirujano en el Libro 1, Folio 8, Partida 33; y que mediante la Resolución No. 19-3339 expedida por el Jefe del Servicio de Salud del Cauca el 25 de septiembre de 1995, se le autorizó el ejercicio de la profesión.

A folio 159 se encuentra el Oficio No. 359 de 1 de junio de 2004, a través del cual la Fiscal 05—01 de la Unidad Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito, Delitos contra la Fe Pública y Patrimonio Económico, informó que Ives Humberto Sandoval Zúñiga identificado con C.C. No. 10.528.515 de Popayán –Cauca-, radicado bajo la partida No. 24650 por el delito de Peculado por Apropiación y otros, fue retenido con fecha 27 de octubre del año 2000 y se le concedió el beneficio de libertad condicional por vencimiento de términos de acuerdo con el artículo 315 del C.P.P. con fecha 30 de abril de 2001 y expidió la boleta de libertad el 2 de mayo del mismo año. El 21 de mayo de 2004 nuevamente fue detenido porque le fue proferida en su contra, Resolución de Acusación.

El Secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán hizo constar que en esa Corporación se estaba surtiendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la providencia No. 011 de 9 de abril de 2007 emanada del Juzgado 1º Penal del Circuito de Popayán (fl. 216).

Análisis del caso

A) Situaciones administrativas de los empleados de la Rama Judicial.

Se encuentra probado en el expediente que el actor fue inscrito en la carrera judicial en su calidad de citador Grado 4, inscripción actualizada como Escribiente Grado 5 del Juzgado 2º Laboral del Circuito de Popayán, no obstante para la fecha de la suspensión decretada ejercía en provisionalidad el cargo de Sustanciador Grado 9 del Juzgado 1 Laboral. Lo dicho demuestra que pertenecía a la Carrera especial de la Rama Judicial y por ende las normas aplicables son las previstas en la Ley Estatutaria de la Justicia y su Decreto Reglamentario sobre el tema, es decir, la Ley 270 de 1996 y el Decreto 1660 de 1978.

Dentro del contexto legal citado, tanto los funcionarios como los empleados pueden encontrarse en i) **servicio activo**: que comprende el desempeño de sus funciones, la comisión de servicios y la comisión especial y ii) **separado temporalmente del servicio de sus funciones** que puede darse por: licencia remunerada, incapacidad por enfermedad o accidente de trabajo, maternidad, y las no remuneradas. También en permiso, **suspendidos por materia penal o disciplinaria** o prestando el servicio militar (art. 135 de la LEJ).

En cualquiera de las situaciones descritas puede darse el retiro del servicio por las causales previstas en el artículo 149 de la LEJ, como se verá en el aserto siguiente en donde se concretará el tema del abandono del cargo y retiro del servicio, objeto de este conflicto.

B) Causal autónoma del abandono del cargo.

El abandono del cargo o del servicio es de tal gravedad en el ejercicio funcional que el Legislador lo ha previsto desde dos perspectivas diferentes tanto para los

empleados y funcionarios de la Rama Judicial como para los empleados públicos en general- DL 2400 de 1968 y 1950 de 1973-. Una, como causal autónoma administrativa a la cual se le aplica un procedimiento sumario, y otra, como falta disciplinaria gravísima regida por el Código Disciplinario Único, con sanción de destitución.

Luego de algunas interpretaciones no pacíficas sobre la existencia de la causal autónoma con la expedición del Código Único Disciplinario (Ley 200 de 28 julio de 1995), la jurisprudencia del Consejo de Estado por medio de la Sala Plena de la Sección Segunda, en sentencia de 22 de septiembre de 2005³ precisó el concepto antecedente así:

“...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”.
(...)

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, como la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, precepto este último que igualmente la consagra como falta gravísima.
(...)

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 opera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la administración al respecto es meramente declarativo.

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

Pero adicionalmente a la comprobación física de que el empleado ha dejado de concurrir por tres (3) días consecutivos al trabajo, la ley exige que no se haya acreditado justa causa para tal ausencia, obviamente estimada en términos razonables por la entidad en la que presta sus servicios. Si la justa causa se comprueba con posterioridad, el acto debe revocarse.”.

El artículo 149 de la Ley 270 de 7 de marzo de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, incluyó dentro de las causales de retiro del servicio, el abandono del cargo como causal autónoma de la siguiente manera:

“ART. 149. Retiro del Servicio. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos:

1. *Renuncia aceptada*
2. *Supresión del Despacho judicial o del cargo*
3. *Invalidez absoluta declarada por autoridad competente*
4. *retiro forzoso motivado por edad*
5. *Vencimiento del periodo para el cual fue elegido*
6. *Retiro con derecho a pensión de jubilación*
7. ***Abandono del cargo***
8. *Revocatoria del nombramiento*
9. *Declaración de insubsistencia*
10. *Destitución*
11. *Muerte del funcionario o empleado.”*

Por su parte, el Decreto 1660 de 4 de agosto de 1978, que reglamenta parcialmente las Leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978 y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal, en el capítulo VII prevé las situaciones que dan lugar a la declaratoria de abandono del cargo, en el artículo 139 del Decreto 1660, puntualiza:

“ART. 139. Para efectos meramente administrativos, el abandono del empleo se produce cuando el funcionario o empleado, sin justa causa:

1. No reasuma sus funciones a la terminación de la licencia, permiso vacaciones, comisión o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar o de la convocatoria;
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 indicado en el inciso segundo del artículo 123;
4. Cese de prestar el servicio antes de que asuma el empleo quien ha de remplazarlo.”

El artículo 140 del citado decreto reguló el procedimiento de la siguiente manera:

“Comprobado cualquiera de los hechos de que trata el artículo anterior, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo, previa audiencia del funcionario o empleado.”.

El artículo 141 *ibídem*, contiene un efecto adicional a la causal autónoma:

“Si por el abandono del empleo se perjudicare el servicio, el funcionario o empleado se hará acreedor a las sanciones disciplinarias y a la responsabilidad civil o penal que le corresponde”.

De las normas transcritas se concluye que para suspender a un empleado de su cargo, tiene que estar vigente la relación laboral y de otro lado, que se encuentre en cualquiera de las siguientes situaciones:

1°. Que el empleado en servicio activo deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos y que esa ausencia sea injustificada.

2º. Que no reasuma sus funciones a la terminación de la licencia, permiso vacaciones, comisión. Es obligación del empleado una vez se cumpla cualquiera de las situaciones administrativas descritas, ingresar nuevamente al servicio al siguiente día hábil de su finalización.

3º. Que no se reintegre dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar o de la convocatoria.

4. Que se retire del servicio antes de que asuma el empleo quien ha de remplazarlo en su función.

En todas las situaciones expuestas es necesario definir si la ausencia es o no justificada, para tal fin debe realizarse una audiencia que le permita al empleado o funcionario explicar la no comparecencia al trabajo, es decir, debe conferírsele la oportunidad de desvirtuar el dolo del abandono. Ahora bien, ello no quiere decir que obligatoriamente tenga que ser en una audiencia, sino que debe cumplirse un procedimiento en donde prevalezca el debido proceso, entendiéndose por ello, la oportunidad de pedir pruebas, contradecirlas y en general, ejercer el derecho de defensa, toda vez que la carga probatoria recae sobre el empleado ausente.

Cumplido el trámite anterior, el superior tiene los argumentos defensivos para definir si la ausencia del empleo tuvo o no justa causa, para así declarar el abandono del cargo y, por ende, el retiro del funcionario, o no hacerlo y convalidar la no asistencia.

Como en el caso concreto el abandono del cargo y el retiro del actor se dio con ocasión de una orden judicial proveniente de la Fiscalía General de la Nación por un proceso penal adelantado en contra de Ives Humberto Sandoval, la Sala debe revisar el marco jurídico en el que fue proferida la decisión de la Juez 1º Laboral, para luego analizar los cargos particulares del caso.

**C) Suspensión del ejercicio funcional cuando hay medida de aseguramiento.
Procedencia del reintegro en caso de libertad de condicional por vencimiento de términos.**

Los hechos penales –octubre de 2000- se investigaron bajo el Decreto 2700 de 1991 que era el Código de Procedimiento Penal que luego fue modificado por la Ley 600 de 2000, vigente a partir de julio 24 de 2001.

El artículo 399 de la referida norma reguló lo pertinente a la detención de los funcionarios públicos, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 399.DETENCIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. Cuando se haya negado la excarcelación, en la misma providencia se solicitará a la autoridad respectiva que proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo. Mientras se cumple la suspensión, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que el imputado eluda la acción de la justicia.

Si pasados cinco días desde la fecha en que se solicite la suspensión, ésta no se hubiere producido, se dispondrá la captura del sindicado.

Igualmente se procederá para hacer efectiva la sentencia condenatoria. No es necesario solicitar la suspensión del cargo cuando a juicio del funcionario judicial, la privación inmediata de la libertad no perturba la buena marcha de la administración.

Si se trata de delitos de competencia de los jueces regionales, no es necesario solicitar la suspensión para hacer efectiva la suspensión”.

En contra de Ives Humberto Sandoval Zuñiga se profirió medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva sin derecho a libertad condicional. Esta decisión motivó la Resolución No. 014 de 7 de noviembre de 2000, expedida por la Juez 1º Laboral, suspendiendo al actor y nombrando provisionalmente a otra funcionaria en su reemplazo, por el término de la suspensión.

Mediante oficio de junio 27 de 2001, el actor solicitó a la Juez 1º Laboral su reintegro al cargo que venía desempeñando al momento de la suspensión ordenada por la Fiscalía, al habersele concedido el beneficio de la libertad condicional, por vencimiento de términos.

Como resultado de esta petición la referida juez profirió los actos demandados, aplicando como causal de retiro del servicio, el abandono del cargo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 139 del Decreto 1660 de 1978 y al haberse satisfecho la solicitud conforme al artículo 140 *ídem*.

Esta decisión fue objeto de recurso de reposición y ello dio lugar a una etapa probatoria que finalizó con la confirmación de la decisión mediante Resolución No. 023 de noviembre 1 de 2001.

El cuestionamiento en este punto consiste en definir, ¿si el beneficio de libertad provisional por vencimiento de términos daba lugar al reintegro del empleado que fue objeto de medida de aseguramiento?

La Sala considera que no. El beneficio concedido al demandante en el marco de la investigación penal responde a una decisión protectora del derecho fundamental de libertad, dado que el operador jurídico dejó vencer los 4 meses- términos legal- para calificar el mérito sumarial, como bien lo afirmó el *A quo*.

Ello quiere decir que no hubo una decisión modificatoria sobre su responsabilidad, toda vez que la medida de aseguramiento mantuvo su fondo soportado en los mismos presupuestos que dieron lugar a ella, habida cuenta que no fue revocada,

sino que el proceso penal continuó en otras condiciones de libertad para el imputado, que de acuerdo a ese sistema penal eran: el cierre de la investigación y la calificación sumarial, para seguir con el juicio o finalizar con la cesación del procedimiento.

Como la medida de aseguramiento se mantuvo y no hubo ninguna contraorden de parte de la Fiscalía General de la Nación no era posible el reintegro para ese momento del señor Sandoval Zúñiga. Es tan cierto que la investigación penal continuó su curso, que de acuerdo al acervo probatorio, el actor fue nuevamente fue detenido el 21 de mayo de 2004 porque se profirió en su contra resolución de acusación hasta llegar a sentencia condenatoria de primera instancia, confirmada por la segunda, sin que se casara en la Corte Suprema de Justicia, según consta en la consulta elevada por este Despacho en el sistema de información de la Procuraduría general de la Nación, en donde se relaciona que fue condenado a prisión de 45 meses y multa de \$161.972.552,50 pesos m/cte y como pena accesorio, una inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

El artículo 147 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia respecto de la suspensión del empleo regula lo atinente a la suspensión del empleo cuando es producto de una sanción disciplinaria o por orden de la autoridad judicial. Dispone:

ARTÍCULO 147. SUSPENSIÓN EN EL EMPLEO. *La suspensión en el ejercicio del empleo se produce como sanción disciplinaria o por orden de autoridad judicial. El funcionario suspendido provisionalmente en un proceso penal o disciplinario que sea reintegrado a su empleo, tendrá derecho a reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante ese período y de ese tiempo se le computará para todos los efectos legales en los siguientes casos:*

- 1. Cuando el proceso termine por cesación de procedimiento o por preclusión de la instrucción.*

2. Cuando sea absuelto o exonerado.

Cuando la sanción disciplinaria sea suspensión o multa se tendrá en cuenta el tiempo que haya estado suspendido provisionalmente y se le reconocerá el pago de lo que exceda de la sanción impuesta. En caso de multa se le descontará del valor que haya que reintegrarle por el tiempo que estuvo suspendido.

PARÁGRAFO. *La suspensión en el empleo genera vacancia temporal del respectivo cargo. En consecuencia la autoridad nominadora procederá a efectuar el respectivo nombramiento provisional o el encargo que corresponda, para la atención de las respectivas funciones.*

De esta norma se puede inferir en lo referente a la suspensión generada por una orden de autoridad judicial, que el funcionario suspendido tiene derecho al reconocimiento y pago de la remuneración de la cual fue privado en el evento de que el proceso termine por: 1. Cesación de procedimiento 2. Preclusión de la instrucción, 3. Absolución 4. Exoneración.

Respecto del nominador se deduce que no tiene autonomía sobre la decisión de suspensión, vale decir, que solo puede acatarla, de otro lado, que la suspensión genera una vacancia temporal que puede llenar con un nombramiento provisional o encargo.

La suspensión en los citados términos, conlleva una condición resolutoria que solo se define con una de las cuatro decisiones precedentemente detalladas y en el tiempo en que sea resuelto el proceso penal, de contera que el nominador está sujeto a la información que le rinda el operador judicial penal para tomar la decisión que sobre el reintegro corresponda.

Para resolver el caso concreto, es pertinente dejar como premisa principal que la libertad provisional de la cual fue objeto Ives Humberto Sandoval no está inmersa en

ninguna de las causales señaladas, sino como ya se dijo, fue producto del vencimiento de términos para calificar el mérito sumarial.

C) Del caso concreto. Cargos planteados.

- **Violación al debido proceso.**

Sustentado en que no se escuchó al Sr. Sandoval Zúñiga en audiencia como lo prescribe el artículo 140 del Decreto Reglamentario 1660 de 1978.

Decisión.

Tal cargo no está llamado a prosperar porque como se evidenció en el acápite de lo probado, a raíz de la solicitud de reintegro del demandante y no a iniciativa de la Juez 1º Laboral, esta desplegó un periodo probatorio en aras de verificar y valorar los argumentos defensivos del empleado suspendido. Para tal evento, recibió testimonios, pidió certificaciones, comprobó la libertad condicional y su causa, es decir, concedió todas las garantías del debido proceso y si bien no fue en audiencia como lo reclama el actor, la Sala debe enfatizar que no es la forma sino el aspecto sustancial del respeto por la contradicción y defensa lo que debe prevalecer sobre el procedimiento. En tal medida, la no celebración de la audiencia no debilita la legalidad, toda vez que se logró el fin que busca la norma, que es la garantía del derecho fundamental del debido proceso.

En efecto, antes de resolver de manera definitiva la solicitud de reintegro del sr. Sandoval Zúñiga y luego de presentar las pruebas que él consideró pertinentes para explicar la razón de porque no hizo la solicitud dentro de los 30 días siguientes al

logro de su libertad, la Juez 1º Laboral de acuerdo a las pruebas visibles en el expediente, expidió las Resoluciones 007 de 6 de julio, 015 de 11 de julio, 016 de 3 de agosto, 020 de 28 de agosto, para verificar si lo aducido por el empleado suspendido era cierto, conducente y pertinente. Lo anterior evidencia que durante más de mes y medio se dedicó a practicar pruebas con el fin de estimar o desestimar los argumentos del demandante, respetando el debido proceso del actor.

Bajo ese entendido, no puede predicarse violación al debido proceso dado que el funcionario suspendido tuvo todas las garantías para explicar y probar su ausencia laboral con todo el acopio allegado para tal fin.

-Infracción de normas superiores.

Sustentada en que el numeral 1 del artículo 139 del Decreto 1660 de 1978 no era aplicable porque no se prevé en ella la supresión del empleo cuando deviene por una medida penal, sino otras situaciones administrativas, por tanto, no puede extenderse por analogía a otras normas que regulan al sector público.

De otro lado, afirmó que no hubo cesación del servicio porque este fue ocupado temporalmente por otra funcionaria y al recuperar su libertad debía ser reintegrado.

Decisión.

El actor en el recurso de apelación sostuvo que la decisión de primera instancia es incongruente, porque si bien asevera que la juez no podía decretar la vacancia definitiva de ese cargo con base en las normas sustentadas, niega la nulidad de los actos administrativos.

Del análisis que se hizo en los capítulos anteriores y conforme a la premisa principal que se dejó anteriormente expuesta, la Sala confirmará la decisión del *A quo*, por las siguientes razones:

Si bien los actos administrativos demandados se soportaron en algunos artículos de la Ley Estatutaria de la Justicia y el Decreto Reglamentario 1660 de 1978, que se refieren a otras situaciones administrativas en donde es viable como se dijo aplicar la figura del abandono del cargo y además citó las normas que finalísticamente son similares a lo previsto por el Legislador para los empleados de otras Ramas del Poder Público; y por el contrario, no se soportó en lo reglado para la situación particular cuando hay una orden de suspensión en el empleo conforme al artículo 147 de la Ley 270 de 1996, esto es, cuando la suspensión proviene de una orden judicial de la autoridad penal competente en donde el nominador debe esperar la información que indique que el proceso penal terminó por cesación del procedimiento, preclusión de la instrucción o porque se absolvió o exoneró de responsabilidad al empleado procesado, encuentra la Sala que la parte resolutive se ajusta a la normatividad pertinente.

En efecto, la norma señala que el funcionario suspendido por un proceso penal – entre otras-, tiene derecho al reintegro cuando se presenta una de las cuatro situaciones precedentemente enunciadas y por consiguiente debe reconocérsele y pagársele el tiempo que duró suspendido, el cual además se le computará para todos los efectos legales.

En el caso bajo estudio, ninguna de las decisiones citadas se produjo frente al señor Ives Humberto Sandoval Zúñiga, sino que la libertad provisional se

produjo por el vencimiento de términos llegando a su fin el proceso penal con una sentencia condenatoria por Peculado por Apropiación (Ley 599 de 2000), concreta en una pena de prisión de 45 meses, el pago de una multa y como pena accesoria la inhabilidad en el ejercicio de sus derechos y funciones públicas, significando que la condición resolutoria que pendía del proceso penal desapareció, y que los efectos de la decisión se retrotraen, tal y como lo ha sostenido la Sección Segunda:

“En ese orden, cuando la condición resolutoria desaparece su efecto es retroactivo, esto es, desde la fecha en la que se dispuso la suspensión, en consecuencia queda sin sustento el acto que impuso la suspensión del derecho a percibir los emolumentos económicos aunque no se haya prestado el servicio. En el momento en que la medida judicial se levante, cesan sus efectos”⁴.

Así las cosas y dadas las condiciones del caso bajo estudio, el Juez para preservar la legalidad de la decisión puede sustituir los motivos de la administración, tal y como lo decidió la primera instancia y que mediante esta sentencia se confirma, en concreto, porque la Juez 1º Laboral no podía ordenar el reintegro del demandante, dado que la autoridad judicial penal no le había informado al nominador que el proceso había terminado por cualquiera de las causales previstas en el artículo 147 de la Ley 270 de 1996 y la libertad provisional fue una consecuencia del vencimiento de términos causal no prevista para el reintegro, y en segundo lugar, porque a esta fecha se evidencia que el actor fue condenado por peculado por apropiación y los efectos se retrotraen al momento de la suspensión.

⁴ Radicado No. 1869-11. Actora: Amanda Sofía Tovar. M.P. Alfonso Vargas Rincón.

En virtud de lo dicho, el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos demandados. En consecuencia, la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda se confirmará.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CÓNFIRMASE la sentencia de 14 de diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por Ives Humberto Sandoval Zúñiga contra La Nación – Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN (e)