

**RETIRO DEL SERVICIO POR ABANDONO DEL CARGO - No transcripción de la incapacidad por error de la administración al realizar los aportes a salud, razón por la cual se encuentra justificada la ausencia en el servicio con la expedida por la entidad de salud de carácter privado**

El Consejo de Estado, consideraba que la causal de retiro del servicio por abandono del cargo no requería adelantar previamente una actuación a través de la cual se agotaran instancias y ritualidades que den la forma de un procedimiento administrativo, sino que bastaba con la verificación del presupuesto objetivo plenamente probado de no haber concurrido el empleado durante el lapso de tres (3) días a desempeñar sus funciones. Justificaba la Corporación esta posición jurisprudencial, en cuanto a que el derecho de contradicción quedaba garantizado con la interposición de los recursos de ley, ejercidos contra el acto inicial declarativo. Después, en jurisprudencia posterior, la Corporación, advirtió la necesidad de adelantar un trámite breve y sumario no sólo para que el afectado pueda exponer los argumentos por los cuales se ausentó sino para evaluar de manera objetiva la situación, antes de declarar la vacancia. Se encuentra probado que previo al hecho que ocasionó la declaratoria del abandono del cargo, el actor se encontraba incapacitado por quebrantos de salud. Con posterioridad al primer acto acusado, el actor, mediante el recurso interpuesto, informó la prolongación de su enfermedad, relacionando las incapacidades médicas, dadas desde el 25 de abril al 31 de julio de 2000. El INPEC, en el segundo acto censurado, admitió el error cometido al efectuar los aportes a la Salud, equivocadamente al Instituto de los Seguros Sociales I.S.S, cuando el actor se encontraba afiliado a CAJANAL, situación que puso de presente el actor cuando informó la dificultad para conseguir las transcripciones de las incapacidades. Por esta anomalía no puede la entidad y mucho menos esta Sala exigir las incapacidades de CAJANAL, razón por la cual, las incapacidades por crisis severa de ansiedad, que obran en el expediente a folios 107, 108, 113, 117, 119, 120 y 121 del Cuaderno 4, expedidas por una entidad de salud de carácter privado, sirven para calificar como justa causa la ausencia del actor en su sitio de trabajo, durante todo ese periodo.

**FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 23**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION “A”**

**Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010).

**Radicación número: 25000-23-25-000-2004-02593-01(0524-08)**

**Actor: JUAN DE LA ROSA GRIMALDOS BARAJAS**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 12 de octubre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual, accedió a las pretensiones de la demanda.

### **ANTECEDENTES**

El señor Juan De La Rosa Grimaldo Barajas, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para obtener la nulidad de la Resolución No. 1616 de 1º de junio de 2000, expedido por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, que declaró la vacancia por abandono del cargo, del empleo de DISTINGUIDO, CÓDIGO 5255, GRADO 12, que desempeñaba en la Reclusión Nacional de Mujeres “el Buen Pastor” de la ciudad de Bogotá ; y la nulidad de la Resolución No. 4698 de 5 de diciembre de 2003, expedida por el mismo funcionario, que decidió el recurso de reposición contra el acto antes señalado.

Como consecuencia de las nulidades anteriores y a título de restablecimiento del derecho, pidió sin solución de continuidad el reintegro al mismo empleo que ocupaba o a otro igual o superior categoría, el pago de todos los sueldos, primas, bonificaciones, auxilios, subsidios, quinquenios, vacaciones, incrementos salariales, prestaciones sociales y demás derechos laborales causados y no pagados desde el momento de su retiro de la entidad y hasta la fecha de su reintegro; y por perjuicios morales, quinientos salarios mínimos legales mensuales.

Finalmente solicitó que la sentencia se ejecute conforme a lo indicado en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

#### Los hechos principales expuestos en la demanda:

El actor ingresó en carrera administrativa al INPEC, el 16 de marzo de 1987, después de adelantar el curso de Dragoneante en la Escuela Nacional Penitenciaria. Prestó sus servicios en varias cárceles de distrito y circuito y en la Subdirección de Comando Superior en la Dirección General del INPEC. Finalmente, ingresó a la Reclusión Nacional de Mujeres el Buen Pastor. Durante

todo el tiempo servido sus calificaciones fueron satisfactorias, tanto así, que fue ascendido al cargo de DISTINGUIDO DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA.

En el año de 1996, se afilió a la Asociación Sindical de Empleados del INPEC, ASEINPEC, siendo elegido Presidente Nacional en el año 1999, por lo que gozaba de fuero sindical hasta el momento del retiro del servicio.

La Directora de la Reclusión del Buen Pastor, le concedió vacaciones a partir del 17 de marzo hasta el 15 de abril de 2000, pero por razones de salud mental y por múltiples incapacidades médicas en virtud del tratamiento medico - psiquiatrico, no pudo reintegrarse a sus labores ordinarias. Dicha incapacidad se prolongó hasta 6 e octubre de 2000.

El actor siempre mantuvo informada a la Directora de la Reclusión, y a la Jefatura de la División de Gestión Humana de la Dirección General del INPEC, sobre su estado de salud y de las incapacidades médicas, las cuales CAJANAL no transcribió por error del propio INPEC, pues los aportes que por salud debía girar a esta E.P.S., los desvió hacia el I.S.S.

A pesar de lo anterior, la Directora de la Reclusión, reporta a la División de Gestión Humana del INPEC, que el actor no había regresado a laborar, y ésta abre investigación disciplinaria formal contra el actor por no haber concurrido a laborar los días 23 de abril al 19 de mayo de 2000, decisión que no le fue notificada.

El Director General del INPEC, a pesar de conocer las justificaciones de la inasistencia y enterado de las incapacidades médicas, declara el abandono del cargo y por ende la vacancia del mismo, mediante Resolución No. 1616 del 1º de junio de 2000, notificada el 12 de junio. Contra este acto interpone recurso de reposición, solicitando su revocatoria argumentando que su inasistencia estaba debidamente justificada por su mal estado de salud mental, pero ante el silencio de la administración, presenta el 30 de agosto de 2000, otra petición con miras a que no se configure el silencio administrativo negativo.

La investigación disciplinaria finalmente fue archivada por la justificada ausencia del demandante.

La Central Obrera CGTD, elevó queja ante la Organización Internacional del Trabajo sobre el despido injusto del actor, a lo cual esta Organización Internacional sugiere al Gobierno Nacional, revisar la actuación del INPEC, en relación con el fuero sindical que amparaba al actor.

En vista de que el Director General del INPEC no decidía el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución que declaró el abandono del cargo y la vacancia, el actor interpuso acción de tutela, fallada favorablemente para que la Administración decidiera, pero ésta, aunque acató la orden de tutela, no revocó la decisión.

#### **Causa Petendi de la nulidad.**

##### Violación de normas superiores.

De manera indirecta los artículos 1, 2, 4, 9, 13, 15, 21, 23, 25, 29, 39, 53, 90, 93, 123 y 209 de la Constitución Política.

De manera directa los artículos 1, 2, 29, 34, 35, 39, 44, 50, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 66, 69, 71, 73 y 76 del C.C.A.; 4, 16, 17, 18, 61, 77, 115 y 116 del Decreto 407 de 1994; 1, 2, 3, 4 y 37 de la Ley 443 de 1998; 10 y 15 del decreto 1568 de 1998; 405, 406 y 414 del C.S.T.; 4, 6, 7, 8, 11, 14, 16, 23, 75, 93, 115 y 116 de la Ley 200 de 1995.

La Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98, atinentes a la libertad sindical, aprobados por las Leyes 26 y 27 de 1976 y el artículo 26 de la Convención de Viena, aprobada por la Ley 32 de 1985.

Expedición irregular: El INPEC omitió el procedimiento consagrado en el artículo 61 del Decreto No. 407 de 1994, Régimen Especial del INPEC, porque no le notificó al actor la apertura de la actuación administrativa para que controvirtiera las pruebas.

Falsa motivación: Como no existió una justa causa para no acudir al trabajo, las dos Resoluciones de retiro, han incurrido en una falsa o errónea motivación.

Desviación de Poder: Acusa una persecución laboral para desvertebrar la Asociación Sindical, ASEINPEC.

### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

La entidad se opuso a todas las pretensiones demanda. Dijo que el actor nunca demostró la incapacidad médica y por tanto se consideró que la conducta se enmarcaba en el artículo 61 del Decreto Ley 407 de 1994.

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 12 de octubre de 2007, declaró la nulidad de los actos acusados y accedió a las pretensiones de la demanda.

Para el Tribunal fue evidente que la causal por inasistencia al trabajo se encontraba justificada por razones de la enfermedad que padecía el demandante y en consecuencia, el INPEC no estaba autorizado para declarar la vacancia hasta tanto se demostrara sumariamente que la no asistencia al sitio de labores se debió a razones justificadas.

Sostuvo, que si bien el actor debió comunicar con prontitud a la Administración la causa de su ausencia, era admisible su actuar en razón que una persona con un síndrome depresivo crónico no desarrolle conductas diligentes con las prontitud del caso.

Reprochó, el actuar de la entidad al no revocar la decisión en vía gubernativa, a pesar de contar con las pruebas documentales que demostraban su ausencia en el servicio, aportadas por el actor cuando interpuso el recurso.

### **EL RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandada, apela oportunamente la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que se desestime las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

La desvinculación del actor no se produjo sin justa causa, porque dejó de concurrir al sitio de trabajo por un lapso superior al previsto en el Decreto 407 de 1994, en forma injustificada, por lo que el INPEC tuvo que declarar la vacancia del cargo, sin necesidad de acudir a la autoridad competente para iniciar el levantamiento del fuero sindical que lo amparaba.

En todo caso, informa que el Juez Veinte Laboral de Bogotá, por violación al fuero sindical, mediante sentencia de 24 de agosto de 2007, ordenó el reintegro del demandante y el pago de los salarios dejados de percibir; sentencia que fue confirmada y adicionada por la Sala Laboral del Tribunal Superior, en el sentido de ordenar además el reconocimiento de las demás prestaciones sociales. Dicha orden judicial fue cumplida por la demandada a través de la Resolución No. 03810 de 7 de abril de 2008, de manera que, según la entidad, existe cosa juzgada.

**La parte actora en escrito de alegatos**, pide que sea confirmada la sentencia apelada, sugiriendo igualmente que se tenga en cuenta las sentencias que ordenaron su reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante su retiro.

#### **MINISTERIO PÚBLICO**

La Delegada solicita modificar el fallo apelado, en el sentido de negar el restablecimiento del derecho que solicitó el demandante, teniendo en cuenta que la Justicia Ordinaria, cuando conoció lo concerniente al fuero sindical, ordenó el reintegro y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir.

En relación con la declaración de nulidad del acto, sostiene que debe ser confirmada, en tanto la Administración desconoció el artículo 407 de 1994, pues reposa abundante material probatorio que demuestra que el demandante no se presentó a laborar por una enfermedad mental que lo aquejaba en ese momento.

#### **CONSIDERACIONES**

El problema jurídico se centra en resolver, si el acto administrativo que declaró la vacancia por abandono del cargo del demandante y el acto que confirmó dicha declaración, están o no ajustados a derecho. En consecuencia, habrá que verificar la legalidad del procedimiento seguido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

Consta en el proceso que el señor Juan De La Rosa Grimaldos Barajas, después de aprobar sus estudios en la Escuela Nacional Penitenciaria se vinculó al INPEC, desde el año 1987. Su último cargo en la institución demandada fue en la Reclusión Nacional de Mujeres de Bogotá, como Distinguido, Código 5255, Grado 12, y al momento del retiro se encontraba con fuero sindical.

Mediante Resolución No. 025 de 17 de marzo de 2000, la Directora de la Reclusión, le concedió vacaciones a partir del 17 de marzo, hasta el 15 de abril de 2000. Si bien no se presentó a laborar al día siguiente, allegó certificado de incapacidad No. 887728, expedida por CAJANAL, por el término de siete (7) días, desde el 17 de marzo, hasta el 23 de abril, del mismo año (fl. 105 del Cdo. No.2).

Después, la Directora de la Reclusión, informó a la División de Gestión Humana del INPEC, que el actor no concurrió a su sitio de trabajo, desde el 24 de abril al 30 de mayo de 2000, es decir pasados 37 días a la terminación de la incapacidad, y enseguida el Director General de la entidad, expidió la Resolución acusada No. 1616 de 1º de junio de 2000, declarando vacante por ABANDONO el cargo de Distinguido, Código 5255, Grado 12, que ocupaba el actor, compulsando copias a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia y ordenando a la Directora de la Reclusión instaurar la respectiva denuncia penal por la misma causa, en aplicación del artículo 156 del Código Penal Colombiano.

A folio 95 del expediente, reposa el Oficio de 2 de junio de 2000, mediante el cual la Administración cita al actor con el fin de “practicar diligencia de carácter administrativo..”. A folio siguiente, aparece la respuesta del funcionario, informando la imposibilidad para acudir a la citación por problemas de salud y

sobre la dificultad presentada para la expedición de las incapacidades médicas por parte de CAJANAL, "AL PARECER POR UN ERROR EN NÓMINAS DEL INPEC".

Dando aplicación al artículo 44 del C.C.A., el 8 de junio de 2000, la entidad envió al actor por correo certificado el contenido de la Resolución No. 1616 del 1º de junio de 2000. Estando dentro del término legal, el interesado interpuso recurso de reposición, argumentando su ausencia de forma justificada por encontrarse en tratamiento médico debido a una crisis severa de ansiedad, según se desprende de las certificaciones médicas allegadas con el escrito de reposición (fl.s. 107, 108, 113, 117, 119, 120 y 121 del Cuaderno 4). Recalcó además, el error cometido por el INPEC, al efectuar los aportes a la Salud, equivocadamente al Instituto de los Seguros Sociales I.S.S, cuando él se encontraba afiliado a CAJANAL.

Sin embargo, el INPEC guardó silencio y sólo a través de una orden de tutela, tres años después, desató el recurso, mediante Resolución No. 4698 de 5 de diciembre de 2003, confirmando en todas sus partes la Resolución inicial No. 1616 de 1º de junio de 2000, la cual declaró vacante por abandono, el cargo desempeñado por el recurrente.

#### Resolución del caso.

Desde el inicio de la actuación administrativa, encuentra la Sala un vicio de ilegalidad por causa de la violación al debido proceso que afecta la legalidad de las dos decisiones.

La Regla jurídica, base de la declaratoria de la vacancia se encuentra contenida en el artículo 61 del Decreto 407 de 1994, "Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.", que a la letra dice:

**RETIRO POR ABANDONO DEL CARGO.** 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 quince (15) 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 treinta (30) días.

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

**PARAGRAFO. Comprobados cualquiera de los hechos de que trata este artículo, la autoridad nominadora declarará la vacancia del cargo previo los procedimientos legales.**

El retiro por abandono del cargo, sin justa causa, para el personal del INPEC, procede entonces, **previo los procedimientos legales.**

El campo de aplicación de las normas contenidas en la primera parte del C.C.A., "De los procedimientos administrativos", según su artículo 1o., se aplican a todos los órganos, corporaciones y dependencias del Poder Público; y los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se rigen por éstas, pero también por las primeras, en tanto sean compatibles.

No resulta extraña la remisión del citado artículo 61 a los procedimientos legales, pues la declaración del abandono del cargo es un típico ejemplo de una actuación administrativa iniciada de oficio, asunto regulado ampliamente por el C.C.A., a partir del artículo 28, que dice: "**Deber de comunicar.** Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.", y según el mismo Estatuto, los interesados pueden "pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales..." (Artículo 34) y así se tomen las decisiones con todas las "cuestiones planteadas..." (Artículo 35).

Se observa, que en este procedimiento adelantado por el INPEC, no se brindaron todas estas garantías legales al directamente afectado, situación a todas luces inexplicable, atendiendo que previo a la declaratoria del abandono del cargo, existía el antecedente de una causa justificada para no asistir al sitio de trabajo, cual fue la incapacidad del funcionario por siete (7) días.

El Consejo de Estado, en jurisprudencia inicial<sup>1</sup> al tema debatido, consideraba que la causal de retiro del servicio por abandono del cargo no requería adelantar previamente una actuación a través de la cual se agotaran instancias y ritualidades que den la forma de un procedimiento administrativo, sino que bastaba con la verificación del presupuesto objetivo plenamente probado de no haber concurrido el empleado durante el lapso de tres (3) días a desempeñar sus funciones. Justificaba la Corporación esta posición jurisprudencial, en cuanto a que el derecho de contradicción quedaba garantizado con la interposición de los recursos de ley, ejercidos contra el acto inicial declarativo. Después, en jurisprudencia posterior<sup>2</sup>, la Corporación, advirtió la necesidad de adelantar un trámite breve y sumario no sólo para que el afectado pueda exponer los argumentos por los cuales se ausentó sino para evaluar de manera objetiva la situación, antes de declarar la vacancia.

De manera que, por este sólo aspecto daría lugar a la confirmación del fallo recurrido, ya que como se vio dentro del expediente no hay constancia del procedimiento a que se ha hecho referencia, sin embargo, se considera conducente revisar el aspecto probatorio para calificar la justa causa.

Se encuentra probado que previo al hecho que ocasionó la declaratoria del abandono del cargo, el actor se encontraba incapacitado por quebrantos de salud. Con posterioridad al primer acto acusado, el actor, mediante el recurso interpuesto, informó la prolongación de su enfermedad, relacionando las incapacidades médicas, dadas desde el 25 de abril al 31 de julio de 2000.

El INPEC, en el segundo acto censurado, admitió el error cometido al efectuar los aportes a la Salud, equivocadamente al Instituto de los Seguros Sociales I.S.S, cuando el actor se encontraba afiliado a CAJANAL, situación que puso de presente el actor cuando informó la dificultad para conseguir las transcripciones de las incapacidades. Por esta anomalía no puede la entidad y mucho menos esta Sala exigir las incapacidades de CAJANAL, razón por la cual, las incapacidades por crisis severa de ansiedad, que obran en el expediente a

---

<sup>1</sup> Sentencia de 8 de marzo de 2007, M.P. Ana Margarita Olaya, Rad. 50001-23-31-000-2001-09655-01 (9655-05).

<sup>2</sup> Sentencia de 24 de julio de 2008, M.P. Gustavo Eduardo Gómz Aranguren, Rad. 76001-23-31-000-2000-00657-01 (1247-2007)

folios 107, 108, 113, 117, 119, 120 y 121 del Cuaderno 4, expedidas por una entidad de salud de carácter privado, sirven para calificar como justa causa la ausencia del actor en su sitio de trabajo, durante todo ese periodo.

Por las razones que anteceden, considera la Sala que el Tribunal acertó en su decisión, no obstante se tendrá que modificar el fallo por solicitud de las partes y del Ministerio Público, por cuanto la Justicia Ordinaria, mediante sentencia de 16 de noviembre de 2007, por violación del fuero sindical ya ordenó el reintegro del actor y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **F A L L A**

**CONFÍRMASE** únicamente el numeral 1º de la sentencia apelada, que declaró la nulidad de la Resolución No. 1616 de 1º de junio de 2000, dentro del proceso promovido por Juan de La Rosa Grimaldos Barajas contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC.

**REVOCASE** los demás numerales de la misma sentencia de 12 de octubre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**RECONOCESE** PERSONERIA al Dr. HAROLD ENRIQUE VASQUEZ PINO para actuar en el presente proceso en representación del INPEC, en los términos y para los efectos del poder obrante a folio 374.

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

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

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN    ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**  
IMPEDIDO