

EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.
COORDINACIÓN DE ASUNTOS DISCIPLINARIOS

AUTO MEDIANTE EL CUAL SE PROFIERE FALLO EN PRIMERA INSTANCIA
Artículos 169-A y 170 de la Ley 734 de 2002

(19 JUN 2020)

RADICADO: 459 DE 2018	
DISCIPLINADO: XXXXXX	
CARGO Y ENTIDAD: PEÓN DE ASEO, EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.	
INFORMANTE	CARGO Y ENTIDAD (para el momento de los hechos)
FELIPE ALFONSO PINEDA ARISTIZÁBAL	JEFE DE ZONA, EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.
JORGE MARIO RAMÍREZ JURADO	JEFE DEL ÁREA DE SERVICIOS DE ASEO, EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.
JUAN PABLO FONSECA CRUZ	JEFE DEL ÁREA DE SERVICIOS DE ASEO, EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.
FECHA DE LOS INFORMES	FECHA DE LOS HECHOS
15 Y 20 DE ENERO DE 2015	DEL 9 AL 20 DE ENERO DE 2015
8 DE AGOSTO DE 2018	6 DE AGOSTO DE 2018
22 DE MAYO DE 2019	21 DE MAYO DE 2019

El Coordinador de Asuntos Disciplinarios de Empresas Varias de Medellín S.A.E.S.P, actuando como competente en primera instancia para decidir en materia disciplinaria, conforme dispone la Ley 734 de 2002, y con fundamento en la Resolución Nro. 038 del 26 de septiembre de 2018, mediante la cual se modifica la estructura administrativa de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., creando la Coordinación de Asuntos Disciplinarios, una vez revisado el procedimiento y verificado que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede a proferir fallo en derecho, en el marco del proceso disciplinario radicado bajo en Nro. 459 de 2018 y que se impulsa en disfavor del servidor **XXXXXXX**, quien se identifica con cédula de ciudadanía Nro. XXXXXXXX y se desempeña como Peón de aseo de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.

1. IDENTIDAD DEL INVESTIGADO

El servidor disciplinado en la presente actuación es el señor **XXXXXXX**, identificado con cédula de ciudadanía Nro. XXXXXXXX, quien se desempeña en el cargo de Peón de aseo en Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., ostentando la calidad de trabajador oficial.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS Y ACTUACIÓN DEL DESPACHO

La presente actuación disciplinaria se originó como consecuencia de los siguientes informes y memorando:

- Mediante Nro. 00216 del 15 de enero de 2015, mediante el cual el servidor FELIPE ALFONSO PINEDA ARISITIZÁBAL puso en conocimiento de esta dependencia lo siguiente:

“Informe (sic) que el operario de barrido XXXXXXXX no se ha presentado a laborar desde el día 09 hasta hoy 15 de enero del presente año.

El Auxiliar Administrativo Norbey Álvarez lo ha llamado telefónicamente sin encontrar respuesta alguna. También fue a preguntar a la casa de sus padres y tampoco dieron razón alguna sobre su paradero

(...)”.

- Mediante memorando con radicado Nro. 00338 del 20 de enero de 2015, mediante el cual el servidor FELIPE ALFONSO PINEDA ARISITIZÁBAL puso en conocimiento de esta dependencia lo siguiente:

“Informo que el operario de barrido XXXXXXXX no se ha presentado a laborar desde el día 09 hasta hoy 20 de enero del presente año.

*El domingo 18 llamó telefónicamente a Centro A y habló con el auxiliar Administrativo **Norbey Álvarez** a quien le manifestó que estaba bien de salud, pero no le explicó las causas de su ausentismo, el día lunes 19 en horas de la mañana se presentó personalmente a la oficina de Talento Humano en compañía de su señora madre, seguro para explicar las razones de su ausencia, pero tampoco se presentó a laborar ese mismo día en su horario normal de 1 a 9 p.m.*

En total han sido 12 días de ausentismo laboral de este funcionario en esta ocasión, antes lo hacía por menor tiempo, pero es su costumbre ausentarse sin explicación alguna de su trabajo. Además cuando asiste a laborar realiza sus funciones de barrido con mucha deficiencia y descuido, tal como figuran en informes disciplinarios dirigidos por es (sic) suscrito a esta sección administrativa.

(...)”.

Con fundamento en dichos relatos, en auto del 16 de marzo de 2018 se ordenó la apertura de una indagación preliminar, con el propósito de determinar la ocurrencia de las presuntas conductas, analizar si las mismas constituían o no falta disciplinaria y si, en caso afirmativo, el servidor había actuado al amparo de alguna causal de exclusión de la responsabilidad de las que trata el artículo 28 de la Ley 734 de 2002. Misma finalidad persiguió la apertura de una investigación disciplinaria, ordenada mediante providencia del 11 de octubre de 2018, a la cual se le acumuló el siguiente informe:

- Memorando con radicado Nro. 20180510002457 del 8 de agosto de 2018, mediante el cual el señor JORGE MARIO RAMÍREZ JURADO puso en conocimiento de este Despacho un informe redactado por el guarda se la empresa de seguridad ONCOR Ltda., ELKIN MOSQUERA MOSQUERA, en los siguientes términos:

“Redactó el siguiente informe de novedad dejando constancia para las acciones pertinentes.

El señor guarda de Omega 6 (Angar (sic)) en la revista a el (sic) perímetro observo (sic) a el (sic) señor XXXXXXXX cuando guardaba algunos elementos en su bolso, a el (sic) verificar en la salida portería peatonal, se le verifica el bolso encontrando material (metálico) 10 kilos aproximadamente, esta conducta es reiterativa por parte de el (sic) señor XXXXXXXX”.

Posteriormente, y encontrándose en trámite la investigación disciplinaria, mediante auto del 12 de julio de 2019, se acumuló a la misma el siguiente informe disciplinario:

- Memorando con radicado Nro. 201905100001541 del 22 de mayo de 2019, mediante el cual el señor JUAN PABLO FONSECA CRUZ informó a esta dependencia lo siguiente:

“Para su información y fines pertinentes, el funcionario XXXXXXXX, CC. XXXXXXXX, Peón de barrido, no se presentó a laborar el martes 21 de mayo. Sin que hasta el momento haya presentado justificación alguna.

Cualquier información al respecto, favor comunicarse con el Administrador de Zona, Sergio Esteban Bedoya Osorio al número celular 3002479143”.

Así las cosas, mediante auto del **26 de noviembre de 2019** se formuló cargo único al servidor XXXXXXXX, **excluyendo de dicha formulación lo presuntamente acaecido el día 6 de agosto de 2018**, según el cual el investigado presuntamente pretendía retirar de la Base de Operaciones y Mantenimiento un material aprovechable, por cuanto de dicha actuación no se concreta en una conducta disciplinable, por dos razones: la primera, que analizado el material probatorio recaudado, se concluyó que el señor XXXXXXXX realizó una incorrecta interpretación de la expresión “eso lléveselo para la chatarra”, que fuera empleada por quien presuntamente le había permitido disponer del material que se indica en el informe disciplinario.

La segunda razón por la cual no se formuló cargos al servidor por esta presunta conducta tuvo que ver con la ausencia de instrucciones expresas en relación con el procedimiento para la adecuada disposición del material aprovechable y que, aunque el personal que lo produce sabe qué debe hacer con él, este mismo conocimiento no es exigible al señor XXXXXXXX, puesto que ello no se relaciona con su función al interior de la entidad y su paso por la zona de labor en la cual el material se produjo, se debió solamente al ejercicio de la actividad de barrido y recolección.

En este orden de ideas, mediante auto del 26 de noviembre de 2019 se le formuló cargo único al señor XXXXXXXX consistente en: “ **CARGO ÚNICO:** En su calidad de servidor público, y desempeñando el cargo de Peón de aseo en Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., el señor XXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía Nro. XXXXXXXX, presuntamente **incumplió su jornada laboral de manera total, sin que para ello obrase la debida justificación o el debido permiso, los días 9 al 20 de enero de 2015 y 21 de mayo de 2019;** conducta con la cual desconoce la normativa que regula su relación laboral con Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.”

3. RELACIÓN DE LAS PRUEBAS QUE REPOSAN EN EL PLENARIO

En el marco de la actuación procesal, y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 128 y s.s. y 168 de la Ley 734 de 2002, fueron decretadas, practicadas e incorporadas al expediente las pruebas que a continuación se relacionan:

3.1. Testimoniales:

- Declaración juramentada rendida por el servidor FELIPE ALFONSO PINEDA ARISTIZÁBAL, el día 21 de agosto de 2018 (folio 45, Tomo I).
- Declaración juramentada rendida por el servidor NORBEY ANDRÉS ÁLVAREZ RÍOS, el día 21 de agosto de 2018 (folio 46, Tomo I).
- Declaración juramentada rendida por el señor ELKIN ELEUTERIO MOSQUERA MOSQUERA, el día 24 de julio de 2019 (folio 95, Tomo I).
- Declaración juramentada rendida por el señor JUAN DARÍO GÓMEZ OCHOA el día 8 de octubre de 2019 (folio 109, Tomo I).
- Declaración juramentada rendida por el señor SERGIO ESTEBAN BEDOYA OSORIO, el día 18 de diciembre de 2019 (folio 135, Tomo I).

3.2. Documentales:

- Reglamento Interno de Trabajo de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. (folios 7 a 40, Tomo I).
- Bitácora de vigilancia del 6 de agosto de 2018, adjunta al memorando Nro. 20190510002457 (folios 52 a 54, Tomo I).
- Informe elaborado el día 6 de agosto de 2018 por la Profesional 3 del Área de Servicios Corporativos-Nómina, mediante el cual aporta copia del contrato de trabajo del servidor investigado, manual de funciones e información relacionada con las presuntas ausencias a laborar del mes de enero de 2015 (folios 56 a 58 y 64 a 68, Tomo I).
- Correo electrónico del 8 de agosto de 2018, mediante el cual se remite el informe elaborado por el personal de ONCOR Ltda., sobre lo ocurrido el 6 de agosto del mismo año, con los datos de contacto del guarda que elaboró el informe (folio 76 a 78, Tomo I).
- Informe elaborado por la Profesional 3 del Área de Servicios Corporativos-Nómina el 16 de julio de 2019, mediante el cual relata el trámite adelantado por dicha dependencia ante la presunta ausencia laboral del señor XXXXXXX del 21 de mayo de 2019 (folios 88 a 91, Tomo I).
- Memorandos con radicado 20190510003019 y 20190510003018 mediante los cuales el Área de Servicios de Aseo de la entidad remitió los formatos de asistencia a laborar del señor XXXXXXX para las fechas objeto de investigación (folios 110 a 116, Tomo I).
- Copia de la historia clínica del señor XXXXXXX, aportada por su apoderada (folios 139 a 308, Tomo II).
- Copia del Certificado Ordinario de Antecedentes Disciplinarios Nro. 142902677 del 2 de marzo de 2020 (Folio 323, Tomo II).

3.3. Diligencia de inspección:

En folios 316 a 321 obra acta de diligencia de inspección disciplinaria, realizada a la hoja de vida del señor XXXXXXX, la cual reposa en los archivos del Área de Servicios Corporativos-Nómina, el día 18 de febrero de 2020; diligencia practicada con el objetivo de extraer de dicho documento la información que fuera relevante para el caso objeto de la actuación disciplinaria. Del acta elaborada se remitió copia a la apoderada del disciplinado, mediante correo electrónico del día 18 de febrero de 2020 (folio 322, Tomo II).

VERSIÓN LIBRE

A folio 100, Tomo I del expediente obra versión libre y espontánea, rendida por el señor XXXXXXX el día 20 de agosto de 2019, en la cual manifestó en sus palabras lo siguiente:

“[...] Mi ausencia fue por mi tía que se murió. Yo estaba muy triste y no estaba bien como para trabajar. Esos días de ausencia a mí hasta me los sacaron en plata y todo. Y sobre la deficiencia en el trabajo, es que a ese señor nunca le ha parecido bien el trabajo de los escobitas. Uno hace su correrería, pero como es el centro siempre está sucio por los mismos habitantes de la calle. PREGUNTADO: Libre de todo apremio, indíqueme al Despacho si contaba usted con alguna incapacidad o alguna autorización para no presentarse a laborar en las fechas referidas. CONTESTÓ: pues pruebas no tengo pero yo me acuerde en ese tiempo me dio brucelosis, y él debe tener los soportes PREGUNTADO: Libre de todo apremio, manfiestele al Despacho si usted se puso en contacto con algún superior para indicarle que no podía presentarse a laborar. CONTESTÓ: Pues, que recuerde, a Norbey. [...] Yo estaba autorizado para chatarrear y para reciclar, y como había un montón de tornillos oxidados en la manga eran de la barredora y yo los cogí y los metí en el bolso. Cuando llegué a la portería Elkin Mosquera me detuvo el bolso y me hizo sacar los materiales. [...] PREGUNTADO: libre de todo apremio, indíqueme al Despacho si cuenta o contaba usted con alguna autorización para el retiro de material aprovechable de la base de operaciones de la entidad y, de ser así,

quién le dio tal autorización. CONTESTÓ: Pues a mí me dijeron que podía chatarrear, entonces cogí los materiales oxidados y los metí en un costal. Los mismos de ahí de mantenimiento me dijeron, los que trabajan en soldadura, Darío Gómez, porque con Jorge Torres no es que le vaya muy bien. [...] Después de esa detección del material, no volví a mover materiales en el bolso para nada, esa fue la única vez que me iban a ver salir, pero como Elkin Mosquera me detuvo, yo le dije que no lo iba a volver a hacer. También quiero anotar que en la vigilancia tienen una cosa y es que no hay sistema y hay vigilantes a los que se les olvida anotar que uno sale con permiso para ir a alguna diligencia, como yo, que voy a un programa del San Vicente desde el 2015.”

Para los fines de esta providencia, este Despacho concluye que el señor XXXXXXX fundamenta su prolongado periodo de ausencia laboral en la muerte de una familiar, su estado anímico le impidió presentarse a laborar. Adicionalmente, y referido a lo sucedido el día 6 de agosto de 2018, manifestó que pretendía llevarse los materiales aprovechables porque le había entendido a un servidor de la Base de Operaciones que podía disponer de ellos.

4. ANÁLISIS Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS DESCARGOS Y ALEGACIONES

Con el propósito de establecer si el cargo imputado al investigado debe mantenerse o, por el contrario, debe desvirtuarse, el Despacho se ocupa de estudiar y valorar jurídicamente las conductas que se le atribuyen al presunto autor de la falta disciplinaria, para lo cual toma como base los argumentos presentados por la apoderada del señor XXXXXXX en las etapas procesales de descargo y alegatos de conclusión.

De esta manera, en escrito del 18 de diciembre de 2019 la apoderada del investigado, YESICA ANDREA GÓMEZ LÓPEZ identificada con cédula de ciudadanía N° 43.260.639 con Tarjeta Profesional N° 286.885 del C.S. de la J., presentó escrito de **descargos**, en el cual enfatizó en que, aunque no se cuenta con una justificación para las conductas investigadas, se debe resaltar que el señor XXXXXXX padece alteraciones cognitivas y de comportamiento, dificultades de auto control y de regulación de las emociones; aspectos que, según narra, pueden corroborarse en cuanto el servidor ha asistido a las terapias de la fundación San Vicente; asimismo, se pueden constatar en el historial clínico de su defendido, mismo que aportó el día 31 de enero de 2020.

Finalmente, en escrito de **alegatos de conclusión**, calendado del 16 de marzo de 2020, la apoderada del señor XXXXXXX reiteró que el análisis que se realice debe partir de considerar las condiciones cognitivas de su defendido, pues, indica, en el historial clínico aportado se evidencia un dictamen de su condición mental; en consecuencia, “(...) *al momento de realización de la presunta falta investigada, el señor XXXXXXX, no contaba con los elementos cognitivos y volitivos necesario para comprender la ilicitud de su actuar, pues es claro que su trastorno le impide comprender de manera adecuada la realidad, lo que de suyo imposibilita la aplicabilidad de la tipicidad objetiva como base del proceso disciplinario (...)*” y agrega que “(...) *al empleador activar los protocolos de protección del empleado, subsanó la irregularidad, pues con ello evitó que se le causara un perjuicio a la función que realiza la entidad pública, en tal sentido, al no existir vulneración o perjuicio se hace inocua la sanción.*” (folio 329, Tomo II).

POSICIÓN DEL DESPACHO: Los argumentos que expone la defensa no son de recibo por parte de este Despacho. Para ello, en primer lugar, hay que decir que efectivamente en la historia clínica del servidor XXXXXXX obra diagnóstico de *Trastorno mental y del comportamiento debido al uso de drogas y uso de otras sustancias psicoactivas: síndrome de dependencia* (folio 158, Tomo II); mismo al que se alude a lo largo de todo el documento clínico. Mas, como ha sostenido esta Coordinación en otras actuaciones procesales, ello no basta para predicar la configuración de una situación de inimputabilidad, pues, además de poner de manifiesto la situación clínica del investigado, debe

establecerse la conexión entre la misma y la actuación con alcance disciplinario ejecutada por el servidor público.

Hay que tener en cuenta que no hay una razón para no presentarse a laborar *en sí misma*; en la medida en que son diversos los factores por los cuales un servidor puede no presentarse a su sitio de trabajo, de allí que se solicite el material para verificar si en efecto no se presentó y, en caso de que ello sea afirmativo, verificar si se procedió de tal forma al amparo de alguna justificación válida. En el presente caso, se verificó que para las fechas informadas efectivamente el servidor no se presentó a su sitio de trabajo; y que no contaba con las respectivas justificaciones o los permisos; lo que se acompañó a su vez del análisis del historial clínico allegado al proceso, pudiendo concluir el Despacho, además, que ninguna de las fechas de ausencia informadas coincide con las notas de evolución clínica de que trata su historia médica.

De esta forma, no hay un elemento que conecte la situación clínica con el asunto que se reprocha, tampoco concluyente la forma mediante la cual esta situación influye en el comportamiento del investigado que nos convoca, así como tampoco, coinciden los periodos de ausencia laboral con las fechas en las que el servidor asistió a un control médico o a alguna actividad programada por la Institución Prestadora de Servicios de Salud.

Finalmente, la apoderada del señor XXXXXXXX señala que, toda vez que el servidor ha asistido a las actividades con que cuenta la entidad para el tratamiento de situaciones como las que se enmarcan en su patología, debe entenderse que la irregularidad objeto del proceso disciplinario fue subsanada y que, por tanto, la sanción disciplinaria en este caso se tornaría en inocua. Ello tampoco es de recibo por el Despacho, precisamente porque las actividades con que cuenta Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. en el marco de sus programas de bienestar laboral en nada afectan la actividad disciplinaria y, en el mismo sentido, el resultado de la actividad disciplinaria en nada puede afectar la posibilidad de que el servidor que se beneficia de dichos programas lo siga haciendo.

De manera que por esa vía no se desnaturaliza la función disciplinaria, y menos aún la finalidad de una sanción de esta naturaleza. Recuérdese que, según lo que dispone el artículo 16 de la Ley 734 de 2002, la sanción disciplinaria posee una doble connotación, de un lado, constituye una medida preventiva, de cara a ilustrar las consecuencias de las actuaciones desconocedoras de la normativa que rige las actuaciones de los servidores públicos; del otro, es una medida correctiva, precisamente, está llamada a enmendar o atenuar el daño derivado de la actuación irregular. Y ninguna de estas aristas va en contravía de la posibilidad con la que cuenta el trabajador de acceder a los programas de tratamiento ofrecidos por la entidad; así como, por su naturaleza, ninguna de las dos se entiende satisfecha si el trabajador participa en tales actividades.

5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Analizado el material probatorio del que se ha dado cuenta, las siguientes son las conclusiones que extrae el Despacho, a la luz de las reglas de la sana crítica y con fundamento en la apreciación razonada de la prueba (art 98 y Título VI de la Ley 734 de 2002):

A. La responsabilidad del investigado, el servidor XXXXXXXX, se encuentra comprometida, toda vez que en el transcurso de la investigación y recaudado el material probatorio, el Despacho pudo constatar que el trabajador en cuestión incumplió el deber consistente en permanecer en su lugar de trabajo y durante su jornada laboral, ausentándose sin contar para ello con una justificación en debida forma o sin solicitar el permiso en términos legales y reglamentarios, los días **9 al 20 de enero de 2015 y 21 de mayo de 2019**. Esto, sumado a que tampoco se avizoró, al término de la actuación disciplinaria, que el señor XXXXXXXX hubiese actuado al amparo de alguna causal de exclusión de la responsabilidad disciplinaria.

B. Con apoyo en los medios probatorios a los que se acudió, el Despacho corroboró la ocurrencia de las conductas irregulares constitutivas del cargo imputado mediante providencia del 26 de noviembre de 2019. El análisis probatorio efectuado por el Despacho, permitió verificar la ocurrencia de los acontecimientos narrados por los informantes mediante sus memorandos; para lo cual se incorporaron al plenario las planillas de asistencia a laborar para las fechas informadas, así como, los trámites que con fundamento en las conductas puestas en conocimiento de esta dependencia y del Área de Servicios Corporativos-Nómina fueron adelantados por esta última y que concluyeron, en algunos casos, con el descuento del día no laborado.

Así, como punto de partida, obran en el plenario de la actuación disciplinaria dos memorandos, uno con radicados Nro. 20190510003019 del 23 de octubre de 2019, mediante el cual el Área de Servicios de Aseo remite los formatos de asistencia a laborar para las fechas de presunta ausencia del servidor investigado, referidas al periodo comprendido entre el 9 y el 20 de enero de 2015 (folios 110 a 114, Tomo I); y el memorando Nro. 20190510003018, mediante el cual se remite el soporte de asistencia para el día 21 de mayo de 2019 (folios 115-116, Tomo I). Dichos documentos le permiten al Despacho verificar que para los periodos informados no se cuenta con registro alguno del que se desprenda el cumplimiento de la jornada laboral por parte del servidor XXXXXXXX; y tampoco es posible extraer de ellos que el servidor solicitara el debido permiso o presentara la debida justificación para ausentarse de su labor.

La última afirmación, esto es, que el servidor presuntamente se ausentó sin contar con el debido permiso y sin presentar una justificación en debida forma, encuentra asidero, además, en las declaraciones recibidas bajo la gravedad de juramento de quienes fungieron como sus jefes inmediatos, y que dan cuenta de lo acaecido en relación con las ausencias injustificadas del servidor. En primero lugar, el señor FELIPE ALFONSO PINEDA ARISTIZÁBAL, en declaración del 21 de agosto de 2018, se pronunció en los siguientes términos:

*“**PREGUNTADO:** De conformidad con los memorandos 00338 y 00216 de 2015 en el cual (sic) se informa que el señor XXXXXXXX se ausento (sic) a (sic) su trabajo desde el 9 de enero hasta el 20 de enero de 2015 sin justificación alguna **CONTESTÓ:** sí, me ratifico en el informe, el (sic) simplemente regreso (sic) después de 12 días de ausencia laboral y retomo (sic) sus labores sin justificar nada. **PREGUNTADO:** Bajo juramento indíquele al despacho qué implicaciones tuvo la conducta desplegada por el señor XXXXXXXX respecto a la prestación del servicio. **CONTESTÓ:** lo tuvimos que reemplazar 12 días incluso ya teníamos reemplazo de forma permanente porque él se ausento (sic) mucho tiempo, el (sic) simplemente regreso (sic) y quitamos el contratista que [lo] estaba reemplazando. (...)” (folio 45, Tomo I).*

Sobre la misma cuestión, al preguntar por la ausencia a laborar del servidor, en declaración juramentada del 21 de agosto de 2018, el señor NORBEY ANDRÉS ÁVAREZ RÍOS, manifestó:

*“(...) en realidad el hombre si (sic) se ausento (sic) alrededor de 13 días, mucha insistencia al celular para ubicarlo incluso yo sabía dónde vivía y fui a preguntar por él y ni rastros hasta el día en que apareció, el (sic) simplemente no dio razón de nada. Nunca trajo una constancia, nunca dijo nada (...) después me acuerdo que el (sic) hizo una llamada al acopio, fue un festivo creo, llamo (sic) a centro A a decir que estaba bien y yo le informe (sic) que debía reintegrarse a sus labores con las constancias de su ausentismo, pero el (sic) no justifico (sic) nada, luego me entere (sic) que se presentó acá directamente a talento humano ha (sic) hablar con la doctora Omaira pero la verdad no se (sic) más. (...) **PREGUNTADO:** Bajo juramento indíquele al despacho qué implicaciones tuvo la conducta desplegada por el señor XXXXXXXX, respecto a la prestación del servicio. **CONTESTÓ:** afecto (sic) el proceso ya que tocaba buscarle reemplazo en la empresa contratista durante todo ese periodo” (folio 46, Tomo I).*

Y, referido a la ausencia a laborar del día 21 de mayo de 2019, el servidor SERGIO ESTEBAN BEDOYA OSORIO, en declaración rendida bajo la gravedad de juramento el día 18 de diciembre de 2019, indicó:

“PREGUNTADO: *Mediante memorando interno con radicado 20190510001541, fechado el 22 de mayo de 2019, suscrito por el servidor JUAN PABLO FONSECA CRUZ y revisado por usted, que obra a folio 84 del expediente (se pone de presente), se informó a esta dependencia lo siguiente “Para su información y fines pertinentes, el funcionario XXXXXXXX, CC. XXXXXXXX, Peón de barrido, no se presentó a laborar el martes 21 de mayo. Sin que hasta el momento haya presentado justificación alguna. Cualquier información al respecto, favor comunicarse con el Administrador de Zona, Sergio Esteban Bedoya Osorio al número celular 3002479143”. Bajo la gravedad del juramento que tiene prestado, sírvase manifestar qué tiene para decir respecto de lo que allí se informa. **CONTESTÓ:** Efectivamente, el servidor no se presentó a laborar ese día. No llamó, ni nos enteramos de nada. **PREGUNTADO:** Sírvase indicar bajo la gravedad del juramento prestado, si usted verificó personalmente la presunta ausencia laboral del señor XXXXXXXX el 21 de mayo de 2019. **CONTESTÓ:** Sí verifiqué, porque estaba en la base de operaciones, que es donde él labora. (...) **PREGUNTADO:** Bajo la gravedad del juramento prestado, sírvase indicar si previo a no presentarse a laborar el día 21 de mayo de 2019, el servidor XXXXXXXX le había solicitado a usted o al personal de apoyo permiso para ello. **CONTESTÓ:** no. **PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, indique si con posterioridad a la presentación del informe referido, el servidor XXXXXXXX le explicó a usted los motivos para no presentarse a laborar el día 21 de mayo de 2019. **CONTESTÓ:** No. (...)” (folio 135, Tomo I).*

Lo narrado por los servidores mencionados y constatado en los soportes documentales a los que también se hizo referencia, se refuerza con la información aportada por el Área de Servicios Corporativos-Nómina, en la cual se informa si para los periodos de ausencia informados el trabajador se encontraba o no autorizado para no asistir a su sitio de labor; y, en caso contrario, se relatan las medidas tomadas al respecto. Así, en el informe elaborado el 6 de agosto de 2018, se remitió a esta dependencia lo siguiente:

“(…) Una vez constato la historia laboral del señor XXXXXXXX, identificado con cédula No. XXXXXXXX, quien desempeña el cargo de PEÓN, se encontró que mediante memorando radicado No. 00338 del 20 de enero de 2015 informan la inasistencia a laborar del 9 al 20 de enero del año en mención, se le solicitó la debida justificación; el funcionario mediante oficio No. 00362 del 19 de enero de 2018 indica que durante ese lapso de tiempo estuvo en la Clínica de Bello como acompañante de su tía XXXXXXXX quien se encontraba hospitalizada.

En razón a que no llevó el conducto regular establecido por la Empresa para solicitud de permisos se procedió a descontar los referidos días en las décadas No. 3 comprendido entre el 21 al 31 de enero de 2015 y No. 8 comprendido entre el 11 al 20 de marzo de 2015, las deducciones en mención se pueden observar en el sistema de nómina SRH” (folio 56, Tomo I).

Y, en relación con el periodo de ausencia del 21 de mayo, mediante informe del 16 de julio de 2019, la misma profesional indicó:

“(…) se llevó a cabo el proceso administrativo a través del memorando N°20190530002303 donde se le requiere explicación de la ausencia, este remitido por la jefe de servicios corporativos. En respuesta del mismo el servidor a través de oficio 20190520004658 de fecha 13 de junio de 2019 informa la motivación de no asistencia; considerándose esta que no es una causa justificada por ello se procede al descuento del día en la década 18 (21 junio de 2019 al 30 de junio de 2019). Se anexa memorando” (folio 88, Tomo I).

C. La ausencia a laborar injustificada del servidor generó dificultades en la prestación del servicio.

Esto se concluye luego de analizar las afirmaciones de quienes rindieron las declaraciones bajo la gravedad de juramento que reposan en el plenario, cuando, en calidad de jefes inmediatos del señor XXXXXXXX, informaron su ausencia a laborar para los periodos que son objeto de actividad disciplinaria. Por ejemplo, en declaración del día 21 de agosto de 2018, el servidor FELIPE ALFONSO PINEDA ARISTIZÁBAL manifestó:

*“**PREGUNTADO:** Bajo juramento indíqueme al despacho qué implicaciones tuvo la conducta desplegada por el señor XXXXXXXX, respecto a la prestación del servicio. **CONTESTÓ** lo tuvimos que reemplazar 12 días incluso ya teníamos remplazo de forma permanente porque él se ausentó (sic) mucho tiempo, el (sic) simplemente regreso (sic) y quitamos el contratista que estaba reemplazando. (...) (folio 45, Tomo I).*

Apreciación en la que coincidió el servidor NORBEY ANDRÉS ÁLVAREZ RÍOS, quien, al preguntarle por las implicaciones de la conducta desplegada por el señor XXXXXXXX, en declaración juramentada del día 21 de agosto de 2018, también enfatizó en la necesidad de contar por el lapso de los referidos 12 días con un colaborador contratista. En sus términos: *“**PREGUNTADO:** Bajo juramento indíqueme al despacho qué implicaciones tuvo la conducta desplegada por el señor XXXXXXXX, respecto a la prestación del servicio. **CONTESTÓ:** afecto (sic) el proceso ya que tocaba buscarle reemplazo en la empresa contratista durante todo ese periodo” (folio 46, Tomo I).*

Y, finalmente, referido al periodo de ausencia acaecido el día 21 de mayo de 2019, el servidor SERGIO ESTEBAN BEDOYA OSORIO manifestó, en declaración juramentada rendida el día 18 de diciembre de 2019: *“**PREGUNTADO:** Sírvase indicar, bajo la gravedad del juramento prestado, si la labor de la entidad, y, consecuentemente, la prestación del servicio, se vio afectada con la presunta ausencia del señor XXXXXXXX el día 21 de mayo de 2019. En caso afirmativo, indique de qué manera. **CONTESTÓ:** La ruta que él ejecuta no se realizó ese día” (folio 135, Tomo I).*

De manera que la conducta desplegada por el servidor, además de no estar autorizada, pues como se pudo verificar, tanto en las pruebas documentales incorporadas al plenario, como al término de la inspección disciplinaria que se practicó el día 18 de febrero de 2020, no obra justificación válida para los periodos en que no se presentó a laborar, repercute en el normal desarrollo de la prestación del servicio de aseo, pues debió recurrirse al apoyo del personal contratista, lo que disminuye la eficiencia en la prestación del servicio en razón del retraso en los horarios de inicio de la correría, e, incluso, como lo manifestó el servidor BEDOYA OSORIO, la correría asignada al servidor no se realizó el día en el cual el señor XXXXXXXX no acudió a su trabajo.

Por lo anterior, fue imputado al trabajador el cargo único antes descrito, el cual, a consideración del Despacho y surtido este proceso, no ha sido desvirtuado.

6. NORMAS VIOLADAS

En sede de formulación de cargos, se indicó que con apoyo en lo que disponen los artículos 22 y 23 de la Ley 734 de 2002:

*“**Artículo 22. Garantía de la función pública.** El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.*

***Artículo 23. La falta disciplinaria.** Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas*

o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento”.

De esa forma, para concluir que con una actuación se incurre en una falta disciplinaria, es imperioso que la misma se traduzca en el incumplimiento de los deberes, en la extralimitación en el ejercicio de las funciones, en la realización de comportamientos prohibidos o en la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de intereses, sin que para ello medie una causal de exclusión de responsabilidad de las que prescribe el artículo 28 de la misma normativa.

Tal es la base con arreglo a la cual el Despacho considera que el señor XXXXXXX, con su actuar, lesionó las siguientes disposiciones:

- **Ley 734 de 2002, artículo 34:**

“son deberes de todo servidor público:

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

(...)

11 Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

(...)”.

- **Ley 734 de 2002, Artículo 35 numeral 1:**

“A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

(...)”.

- **Reglamento Interno de Trabajo de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.**

Capítulo VII. RETRASOS Y AUSENCIAS

“Artículo 31. Todo trabajador está obligado a permanecer en el lugar de su trabajo durante la jornada laboral, consagrarse exclusivamente al servicio de sus funciones y obedecer las órdenes de sus superiores”.

“Artículo 32. Se clasifican como ausencias o faltas al trabajo justificadas, las siguientes:

a. Permiso concedido por el superior.

b. Licencia por enfermedad.

c. Permiso autorizado por la Ley o pactado en la Convención Colectiva vigente.

d. Licencia no remunerada”.

Capítulo XVI OBLIGACIONES ESPECIALES DE LA EMPRESA Y DE LOS TRABAJADORES:

“Artículo 88. Son obligaciones especiales de los trabajadores:

a. *Cumplir el contrato de trabajo de manera cuidadosa y diligente en el lugar, tiempo y condiciones acordadas.*

(...)”.

Capítulo XIX PROHIBICIONES ESPECIALES DE LA EMPRESA Y LOS TRABAJADORES:

“Artículo 101. *Queda prohibido a los trabajadores:*

c. *Faltar al trabajo sin causa justificada o sin debido permiso.*

(...)”.

- **Contrato de trabajo:**

“(…)”

CUARTA. Deberes del trabajador. *EL TRABAJADOR se compromete a cumplir las normas consagradas en la ley 6 de 1945, Código disciplinario único (ley 734 de 2.002), sus decretos reglamentarios, el reglamento interno de trabajo, demás normas que impongan deberes y obligaciones, así como las que las modifiquen, complementen o aclaren; y especialmente se obliga a: (...) c) A cumplir el contrato de trabajo de manera cuidadosa y diligente en el lugar, tiempo y condiciones que LAS EMPRESAS le señale y de acuerdo con los horarios que se le fijen conforme a las necesidades del servicio. (...)*

(...)”.

La normativa expuesta resulta transgredida con la presunta conducta del señor XXXXXXX cuando el servidor, aun conociendo las obligaciones que como trabajador de la entidad le asisten (pues a su debido cumplimiento se obliga al celebrar el contrato de trabajo), actúa con desconocimiento de lo consagrado en el artículo 31 del Reglamento Interno de Trabajo, según el cual es su obligación permanecer durante la jornada laboral en su sitio de trabajo. A lo que sigue que, si no se presenta a laborar, lesiona el contenido del artículo 34 del mismo estatuto, ilustrativo de los supuestos que constituyen ausencias a laborar justificadas, que son: (i) permiso concedido por el superior, (ii) Licencia por enfermedad, (iii) Permiso autorizado por la Ley o pactado en la Convención Colectiva vigente; y (iv) licencia no remunerada.

Lo dicho implica, además, que el servidor incurre en la prohibición que expone el artículo 101 del Reglamento Interno de Trabajo, esto es, se ausenta de su sitio de labor sin que se cumplan los presupuestos del artículo 34 del mismo estatuto, y sin observar el conducto establecido por la entidad para efectos de conceder permisos a los trabajadores; y sin que, adicionalmente, aporte las debidas justificaciones.

Todo ello, en suma, comporta el desconocimiento del clausulado que se estipula en su contrato de trabajo, puesto que en el mismo se obliga al respeto integral de la normativa que gobierna su relación con la entidad y, finalmente, trae como implicación la desatención a las funciones que desglosa el manual de responsabilidades, resultados y perfiles de su cargo.

7. FUNDAMENTACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE LA FALTA

Para determinar la gravedad o levedad de la falta y la forma de culpabilidad en la que incurrió el servidor XXXXXXX, el Despacho debe partir de lo que dispone el artículo 50 de la Ley 734 de 2002, según el cual:

“Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código”.

Así, y teniendo presente que la falta cometida corresponde a una de las que consagra este artículo, pues no se encuentra dentro del listado taxativo de faltas gravísimas del artículo 48 de la misma ley, en sede de formulación de cargos fueron expuestos los criterios para concluir que la falta cometida por el señor XXXXXXX es de naturaleza **GRAVE**, calificación que a esta instancia procesal se mantiene, de la siguiente manera:

El grado de culpabilidad: según lo que se ha expuesto hasta este punto, el servidor XXXXXXX, tenía conocimiento de la normativa laboral que regula su relación con la entidad, misma que se obligó a cumplir al suscribir, el 7 de junio de 2002, el contrato que lo vincula laboralmente con Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. (folios 66 a 70 del expediente); asimismo, es conocedor de las consecuencias de un incumplimiento al respecto. Si bien posteriormente se volverá sobre este asunto, por lo pronto lo indicado basta para precisar que si las dos maneras de determinar el grado de culpabilidad de una actuación son el dolo y la culpa, y constituye dolo tanto el conocimiento de la incorrección de la actuación como la voluntad consciente y dirigida a actuar contrario a la norma, se puede concluir que el señor XXXXXXX actuó de manera dolosa, toda vez que era conocedor de DEL DEBER CONSISTENTE EN CONTAR CON EL DEBIDO PERMISO O PRESENTAR UNA JUSTIFICACION VÁLIDA PARA ASUNTARSE DE SU SITIO DE TRABAJO; PESE A ESTO, ACTÚO CONTRARIO ... que para para ausentarse de su sitio de labor debía contar con el debido permiso o presentar una justificación válida; no obstante actuó contrario a dichas exigencias, sabiendo que una conducta así ejecutada es objeto de reproche normativo.

La naturaleza esencial del servicio y grado de perturbación del mismo: El objeto social de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. consiste en prestar el servicio público de aseo, en los componentes de barrido, limpieza y recolección de residuos sólidos urbanos, industriales, comerciales y especiales en áreas públicas, su transporte y su disposición final. En dicho entramado de actividades participa el servidor XXXXXXX y sus actividades, derivadas del cargo de Peón de aseo, resultan estructurales para el cumplimiento de las diferentes correrías que tiene establecidas la entidad.

Esto, sumado a la proscripción de interrumpir el servicio, conlleva a que su ausencia genera la necesidad de un reemplazo inmediato y, mientras eso sucede, un retraso en el cumplimiento de la labor en el espacio de la ciudad asignado al trabajador; sumado a los costos adicionales que tiene para la entidad la necesidad de recurrir a colaboradores adicionales ante la ausencia de un servidor suyo.

La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución: El servidor XXXXXXX no ostenta un cargo que le otorgue jerarquía y mando al interior de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.

La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado: la conducta que sirve de base para el cargo formulado tiene trascendencia social, en la medida en que la labor desempeñada por los peones de aseo de la entidad constituye un componente fundamental en el engranaje de la prestación eficiente de los servicios que son el objeto social de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. En consecuencia, dicha labor es objeto de constante observación por parte de la comunidad, amén de ser los trabajadores que ostentan dicho cargo quienes tienen mayor cercanía y contacto con la ciudadanía. Esto afecta a la entidad y sus demás colaboradores, porque se genera una

visualización negativa para la misma, que compromete su buen nombre, perjudicándola frente quienes son sus usuarios directos.

Además, de cara al interior de la entidad, la trascendencia de sus conductas se encuentra en las transgresiones a la normativa interna, en las aristas que se han expuesto, lo cual no es ejemplarizante frente a sus compañeros de trabajo, al tiempo que genera complicaciones en el desarrollo ordinario de las actividades laborales, si se tiene en cuenta, por ejemplo, que los servidores FELIPE ALFONSO PINEDA ARISTIZABAL y NORBEY ANDRÉS ÁLVAREZ RÍOS coincidieron al resaltar que la ausencia tan prolongada del servidor implicó que se tuviera que buscar casi de manera permanente el apoyo del personal contratista.

Modalidades y circunstancias en que se cometió la falta: Respecto de la falta cometida por el servidor XXXXXXX, el Despacho considera que la misma no requiere un cuidado especial en su preparación; antes bien, en ella puede incurrirse fácilmente, al pasar por alto, desconocer u omitir el seguimiento de los procedimientos internos de la Entidad, en lo relacionado con el conducto para la solicitud de permisos y la presentación de justificaciones válidas para asentarse o no presentarse a laborar. Asimismo, solo es partícipe de la conducta el investigado, quien, conociendo la normativa laboral que lo rige y las consecuencias de su inobservancia, no presentó las respectivas justificaciones ni solicitó los debidos permisos ante las ausencias durante su jornada laboral, situación que da origen a esta actuación. por los que se adelanta esta actuación.

Los motivos determinantes del comportamiento: No se vislumbran al interior del presente proceso, motivos determinantes del comportamiento que sean diferentes a la conciencia y voluntad que tuvieron los actos exteriorizados por el investigado y que, en ese orden, fundamentan la calificación del elemento culpabilidad.

Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas sean particulares o servidores públicos: Para el caso estudiado no se vislumbró en ningún momento la intervención de persona diferente al servidor XXXXXXX; esto es, no hubo persona ni particular o servidor público que tuviera incidencia o participación en dicho comportamiento irregular.

La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave: El criterio no aplica para el presente caso.

Hecho este análisis, en sede de formulación de cargos se concluyó (y aún en esta instancia se concluye) que la falta disciplinaria es de naturaleza GRAVE, en la medida en que con los comportamientos efectuados por el servidor XXXXXXX se desconoció la normativa expuesta en materia de cumplimiento de la jornada laboral, lo que impactó de manera directa la prestación del servicio de aseo, en unos periodos más que en otros, pero en todos los casos retrasando la operación, sumado a que su comportamiento resultó desconocedor de la confianza que la entidad deposita en el trabajador, pues, como se indicó, de su labor depende que el componente de barrido y recolección de residuos sólidos se satisfaga de manera eficiente y eficaz, al tiempo que se puede concluir, además, que su comportamiento fue reiterado y, respecto de lo acaecido en el año 2015, con la prolongación en el tiempo suficiente para causar una afectación mayor a la entidad.

8. ANÁLISIS DE CULPABILIDAD

La culpabilidad recoge el elemento subjetivo de la responsabilidad, es decir, a la intencionalidad en la actuación del presunto autor del hecho investigado, de cara a la afectación de su deber funcional. En otras palabras, el criterio para determinar la culpabilidad radica en que el sujeto, obligado a actuar conforme a derecho, y con la plena capacidad para hacerlo, se comporta de una manera irregular.

Este elemento, que necesariamente debe concurrir para la estructuración de la falta disciplinaria, se encuentra inscrito en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

“(…)

Culpabilidad.

Art. 13 -En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa. (…)”

Esto implica que en materia disciplinaria el elemento de la culpabilidad se califica de dos maneras, *dolo* y *culpa*. Como se dijo en el numeral 5.1 de esta providencia, para determinar que la conducta es *dolosa* se requiere que en su ejecución concurren dos elementos: *“uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal respectivo, y otro volitivo, que implica querer realizarlos. Así, actúa dolosamente quien sabe y comprende que su acción es objetivamente típica y quiere su realización”*¹. Dicho de otro modo, esto significa *“(…) que el sujeto disciplinable haya tenido conocimiento de la situación típica que implica el desconocimiento del deber que sustancialmente debe observar y que voluntariamente haya decidido actuar en contravía a éste; por tanto, el conocer ya involucra el querer, ya que si se tiene conocimiento y pese a eso se realiza la conducta, es porque efectivamente quiere el resultado”*². A lo que la Corte Constitucional agrega:

“Tratándose del dolo en materia disciplinaria, se parte de una presunción, de estirpe constitucional, consagrada en el artículo 122 de la Carta, según el cual el funcionario, al momento de asumir sus funciones, se compromete solemnemente a cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos que rigen la función o el servicio que va a desempeñar. Eso significa que entiende el compromiso que adquiere y que se obliga, no solo a observar las normas, sino a tener conocimiento de ellas y de la manera en que deben aplicarse (…).

*“Por lo anterior se afirma que el servidor público soporta una carga mayor y superior en materia de responsabilidad y que para excusarse de cumplir con sus postulados, debe probar, de manera fehaciente, que ha sido contra su querer o ajena a su voluntad la actuación que vulnera el ordenamiento, o que su propósito fue diferente al conseguido, o que actuó suponiendo unos resultados pero sobrevinieron unos diferentes”*³.

Ahora, para que una conducta encaje en la segunda forma de culpabilidad, la *culpa*, se requiere, contrario a lo expuesto en materia de dolo, que el resultado final de la acción no sea el *deseado* por el sujeto, sino que se presente como consecuencia de alguna de las situaciones que detalla el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, esto es, que se incurra en el comportamiento disciplinable por *“ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento”*, como lo demanda la culpa gravísima; o que se concrete la presunta falta por *“inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”*, presupuesto exigido para la culpa grave.

Como también se indicó en esta providencia, el Despacho no logró vislumbrar en la actuación disciplinaria surtida en desfavor del servidor XXXXXXX que su conducta se encontrara enmarcada en alguna causal de exclusión de la responsabilidad disciplinaria (con las salvedades hechas respecto de los periodos que se retiraron del cargo formulado); antes bien, obran en el plenario elementos que dirigen la conclusión del Despacho a que el servidor ejecutó las conductas constitutivas del cargo imputado a sabiendas de la trascendencia de las mismas y con pleno conocimiento de los

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 12 de febrero de 2014, Radicado 36.312. M.P. José Luis Barceló Camacho.

² Sentencia T-319A de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte se apoya la *“(…) doctrina reiterada de la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, según consta en el fallo disciplinario de segunda instancia de Radicado 049-7324-08”*.

³ Sentencia T-318A de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Para esta idea, la Corte cita: Brito Ruiz, Fernando. Régimen Disciplinario. Procedimiento ordinario, verbal, pruebas. Legis Editores S. A., Cuarta Edición, 2012.

procedimientos establecidos por la entidad para la concesión de permisos o para tener por debidamente justificada una ausencia a laborar; procedimientos estos que desde la fecha en que suscribió el contrato que lo vincula con la entidad, se comprometió a conocer y acatar; así como tampoco se logró concluir, siguiendo la línea argumentativa de su defensa, que en el historial médico del señor XXXXXXX se contara con elementos que permitieran sostener que el investigado ejecutó las conductas disciplinariamente relevantes bajo algún estado que derivara en una inimputabilidad.

Por ello, se mantiene lo dicho sobre este punto en la providencia mediante la cual se formuló cargos al señor XXXXXXX, esto es, que la falta disciplinaria que se calificó como GRAVE fue ejecutada a título de DOLO.

9. RAZONES DE LA SANCIÓN: ILICITUD SUSTANCIAL

El derecho disciplinario comprende el conjunto de disposiciones de carácter sustancial y procesal con apoyo en las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con el propósito de asegurar el correcto funcionamiento y la correcta prestación de los diferentes servicios a su cargo. Para tales fines, dicha normativa establece la denominada *potestad sancionadora del Estado*; institución que se refiere a la competencia que tiene el Estado, en cabeza de los órganos a los que faculta para el ejercicio de la acción disciplinaria, para imponer sanciones disciplinarias y correctivas:

“Las primeras destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias. En consecuencia, la inobservancia, por parte de los administrados, de ciertos mandatos, prescripciones y reglas establecidas para garantizar el buen funcionamiento de la administración y lograr una eficiente prestación del servicio, genera una actuación positiva por parte del Estado que se traduce en el ejercicio de su poder sancionador”⁴.

Para el ejercicio de dicha potestad, concretada en la acción disciplinaria, se ha hecho especial énfasis en el concepto de *ilicitud sustancial*, puesto que: *“El derecho disciplinario valora la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas”⁵*. Lo anterior, por cuanto el derecho disciplinario se encuentra en la órbita de las funciones propias de los servidores públicos, de manera que el *quebrantamiento del deber funcional* es estructural para definir y delimitar el concepto de *ilicitud sustancial*, puesto que es a su tenor que el operador disciplinario analiza la afectación del deber funcional, en aras de determinar la antijuridicidad de la conducta. Esto, leído bajo los lineamientos del artículo 5 de la Ley 734 de 2002 implica que una falta es antijurídica cuando *“(…) afecte el deber funcional sin justificación alguna”*.

Sobre ello, se ha enfatizado en que no se trata de la mera infracción a un deber cualquiera, puesto que ello significaría que la ley disciplinaria es un instrumento ciego de obediencia; sino que con el comportamiento desplegado debe generarse una lesión o una puesta en peligro del deber funcional cuestionado, para que la conducta ejecutada sea objeto de reproche disciplinario⁶.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-853 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 96. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁶ Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-041 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño y Jaime Araújo Rentería y C-452 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En particular, en la última se precisa: *“(…) la antijuridicidad del ilícito disciplinario se concentra en la mencionada infracción del deber funcional. En otras palabras, solo podrá adscribirse responsabilidad disciplinaria al servidor público cuando se demuestre, de manera fehaciente, que la acción u omisión afectó el ejercicio de las funciones asignadas por la Constitución y la ley.*

De manera que la falta disciplinaria supone la existencia de un deber cuya omisión, incumplimiento o extralimitación genera la respuesta sancionatoria estatal, ya que la finalidad de dicho régimen es la protección de la correcta marcha de la administración, por lo que se hace imperioso garantizar de manera efectiva que quienes impulsan dicha marcha actúen con observancia de sus deberes, así como actuar, en ejercicio del poder sancionador, en situaciones de negligencia, imprudencia, la falta de cuidado e impericia que impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas.

Corolario de lo dicho, la afectación al deber que se sanciona disciplinariamente implica la configuración de conductas con las cuales se incurra en omisiones, incumplimiento o extralimitación en el ejercicio de funciones propias del cargo, situación en la que incurrió el servidor investigado, quien, como se probó a lo largo de la actuación disciplinaria, incumplió su jornada laboral en los periodos señalados, sin observar los procedimientos de la entidad respecto de la solicitud de permisos y la debida justificación de ausencias a laborar.

Así pues, este Despacho fundamenta la sanción que impondrá al servidor XXXXXXXX en que este, con su comportamiento, contravino los deberes que le asisten como trabajador de la Entidad, al incumplir su jornada laboral en los periodos señalados, sin observar los procedimientos internos que ha establecido la entidad para la solicitud de permisos o para la justificación de las ausencias. Con dichas conductas se contravienen, en primera medida, los compromisos asumidos al suscribir el contrato de trabajo, puesto que allí se estipula que el trabajador se obliga a llevar a cabo su labor en los tiempos, condiciones y lugares convenidos; en segundo lugar, se incumple la normativa laboral de la entidad, que prescribe los deberes de los trabajadores, según fueron citados; y donde, de manera específica, se dispone la forma de justificar la ausencia a laborar y en qué casos es procedente.

Ahora bien, al cargo de PEÓN DEL ASEO en EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P., desempeñado por el señor XXXXXXXX, le es aplicable el artículo 209 de la Constitución Política, el cual prescribe:

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (subrayas nuestras)

En relación con lo manifestado por los testigos y atendiendo a lo señalado en el apartado número 7 acerca de la trascendencia social de la falta o el perjuicio causado, tenemos que con la conducta desplegada por el señor XXXXXXXX, nos encontramos ante una afectación del principio de eficacia. Al respecto la Corte Constitucional ha indicado en la sentencia C-479 de 1992 MP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero:

"[...] La eficacia está contenida en varios preceptos constitucionales como perentoria exigencia de la actividad pública: en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4o., 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados.

La eficacia es, en palabras de Luciano Parejo Alfonso, "una cualidad de la acción administrativa... en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo"[8]. El

"(...)

'''[e]n el derecho disciplinario, el contenido de injusticia de la falta se agota en la infracción de los deberes funcionales que le asisten al sujeto disciplinable, es decir, en el desenvolvimiento de actos funcionales sin estricto apego al principio de legalidad que regula sus actos'''(subrayas y cursivas originales).

mismo autor añade que "en definitiva, la eficacia es la traducción (...) de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de `socialidad` del Estado".

Según el autor citado, este criterio conduce a la conclusión de que la Administración sólo puede ser eficaz cuando satisfaga su fin: el interés general, y adicionalmente a que el valor eficacia implique una condición de calidad, en el sentido de agilidad, economía, utilidad y, en suma, de bondad de la actuación estatal en su resultado"[9]. Obsérvese al respecto que es justamente el principio de la eficacia el que permite valorar el uso que el agente le ha dado a una facultad discrecional." (subrayas nuestras)

Al tenor de lo expresado por la Corte Constitucional, y sobre todo en corolario del acervo probatorio que obrare en este proceso, es claro que con el incumplimiento del deber cometido por el señor XXXXXXX se comprometió la eficiente prestación del servicio que comprende el objeto social de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P, específicamente las labores del cargo PEÓN DE ASEO, las cuales se encuentran en relación directa con la comunidad residente y transeúnte de la zona centro. Esta idea la refuerzan entonces los testimonios recibidos por parte de los servidores FELIPE ALFONSO PINEDA ARISTIZABAL y NORBEY ANDRÉS ÁLVAREZ RÍOS. En conclusión, es claro para el Despacho que con la ausencia laboral del señor XXXXXXX se afectó el deber funcional a él encomendado, sin justificación alguna.

10. CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se ha indicado en esta providencia, la falta que se imputa al servidor XXXXXXX se calificó como GRAVE DOLOSA, atendiendo a los criterios que dispone el artículo 43 de la Ley 734 de 2002. Ahora bien, el artículo 44 de la Ley *ibídem* señala las sanciones a las que los servidores públicos están sometidos; siendo pertinente, para el caso que se examina, la que dispone en el numeral dos, a cuyo tenor expresa: "Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas" (Subrayas del Despacho). A renglón seguido, el artículo 45 de la misma Ley ofrece una definición de las sanciones de que trata el artículo 44; refiriéndose a la suspensión e inhabilidad especial en el numeral dos, en estos términos: "La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo".

Adicionalmente, el artículo 46 de la Ley 734 de 2002 consagra que la sanción consistente en suspensión e inhabilidad especial no puede ser inferior a un mes ni superior a doce meses⁷; en tanto el artículo 47 de la misma ley dispone una serie de criterios que debe tener en cuenta el operador disciplinario al momento de graduar la sanción, de los cuales se exponen a continuación los pertinentes para la actuación disciplinaria adelantada y de que es objeto esta providencia, por ser los que se deben analizar cuando la sanción consista en la suspensión e inhabilidad especial del servidor:

a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga: verificado el Certificado Ordinario de Antecedentes Disciplinarios Nro. 142902677 del 2 de marzo de 2020, que obra a folio 323, Tomo II del plenario, el Despacho encuentra que el servidor XXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía Nro. XXXXXXX fue sancionado disciplinariamente, quedando en firme la misma 30 de noviembre de 2018; siendo esto dentro de los cinco años anteriores a lo acaecido el día 21 de mayo de 2019, fecha que integra el cargo formulado al señor XXXXXXX en esta actuación disciplinaria.

⁷ Ley 734 de 2002. "Artículo 46. Límite de las sanciones. (...) La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial".

b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función: dentro de la conducta a sancionar se demostró la falta en el desempeño del cargo y de la función asignada al servidor, sin que se observara por parte del trabajador el interés por justificar en debida forma las circunstancias en que incumplió su jornada laboral, situación constitutiva de la falta disciplinaria que se le ha imputado.

c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero: el servidor no ha atribuido responsabilidad sin fundamento a un tercero;

d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos: la falta no fue confesada por el servidor⁸.

e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado: a la fecha de la presente actuación no se tiene noticia en esta dependencia de que el servidor incurriese nuevamente en comportamientos como los que dieron origen a la presente actuación.

f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso: este elemento no aplica en el presente proceso.

g) El grave daño social de la conducta: La conducta objeto de reproche disciplinario tiene repercusiones sociales, por cuanto las alteraciones relacionadas con la prestación eficiente del servicio conducen a que se genere una percepción desfavorable en la comunidad en relación con las actividades propias de la empresa, en lo que tiene que ver con la prestación eficiente, las cargas laborales de los compañeros del investigado y el impacto en general sobre la percepción en la comunidad de la entidad y de sus colaboradores.

h) La afectación a derechos fundamentales: con la conducta del servidor XXXXXXX no se afectaron derechos fundamentales.

i) El conocimiento de la ilicitud: como se concluyó al examinar el elemento de la culpabilidad, el servidor XXXXXXX conocía que se estaba incumpliendo un deber propio de las obligaciones que asumió al suscribir su contrato de trabajo con Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. y que, además, conocía el conducto a seguir ante situaciones como las que constituyeron la conducta disciplinable.

j) Pertener el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad: el servidor investigado no pertenece al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

Atendiendo a los lineamientos de las disposiciones expuestas y con base en lo que se ha relatado en esta providencia, la sanción a imponer al servidor XXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía Nro. XXXXXXX; y quien para el momento de los hechos se desempeñaba en el cargo de Peón de aseo, adscrito a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., SERÁ LA CONSISTENTE EN SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO E INHABILIDAD ESPECIAL POR EL TÉRMINO DE UN (1) MES, QUE SE CONTARÁ A PARTIR DE LA FECHA EN QUE SE HAGA EFECTIVA LA NOVEDAD EN EL ÁREA DE SERVICIOS CORPORATIVOS-NÓMINA DE EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P..

⁸ Aclarando, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, que si bien este apartado de la disposición fija un criterio para dosificación de la sanción, no se convierte en un instrumento de coacción que obligue al disciplinado a declarar contra sí mismo. En ese orden, simplemente se fija un beneficio para la persona que decida hacerlo (Cfr. Sentencia C-280 de 2006. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Por lo anterior, y con fundamento en lo que dispone el artículo 170 de la Ley 734 de 2002, el Coordinador de Asuntos Disciplinarios de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR probado y no desvirtuado el cargo endilgado al servidor **XXXXXXX**, **identificado con cédula de ciudadanía Nro. XXXXXXX**, quien al momento de cometer la falta disciplinaria y en la actualidad se desempeña como Peón de aseo en Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto a lo largo de la investigación disciplinaria y, especialmente, en el contenido de esta providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER como sanción disciplinaria al señor **XXXXXXX**, identificado con cédula de ciudadanía Nro. XXXXXXX, la consistente en **SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO E INHABILIDAD ESPECIAL POR EL TÉRMINO DE UN (1) MES, QUE SE CONTARÁ A PARTIR DE LA FECHA EN QUE SE HAGA EFECTIVA LA NOVEDAD EN EL ÁREA DE SERVICIOS CORPORATIVOS-NÓMINA DE EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente la anterior decisión al investigado, quien se desempeña o desempeñó como servidor público adscrito a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. y/o a su apoderada, de conformidad con lo que dispone el artículo 101 de la Ley 734 de 2002; informándoles a él y a su defensor que contra la misma procede el recurso de apelación, mismo que deberá ser interpuesto dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la última notificación, de conformidad con el inciso primero del artículo 111 de la Ley 734 de 2002. Para el efecto, líbrense las respectivas comunicaciones, indicando la decisión tomada y la fecha de la providencia.

En caso de que no pudiere notificarse personalmente en el término que establece la ley, se fijará edicto en los términos del artículo 107 de la Ley 734 de 2002.

ARTÍCULO CUARTO: En firme esta decisión y el acto administrativo que la haga efectiva, comuníquese a la Profesional 5 del Área de Servicios Corporativos- Nómina de Empresas Varias de Medellín S. A. E. S. P., enviando la parte resolutive de esta providencia, con su constancia de ejecutoria, para que dentro del término de diez (10) días siguientes se cumpla la sanción.

Igualmente, comunicar a la división de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para los fines correspondientes.

ARTÍCULO QUINTO: Adelantar las demás diligencias de comunicación, notificación y anotaciones que correspondan a este Despacho, para la ejecución y registro de la sanción, de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002.

ARTÍCULO SEXTO: Agotados los trámites procesales y administrativos que pongan fin al presente proceso disciplinario, archívese el expediente con radicado 459 de 2018.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FABIO GERMÁN TOBAR PINEDA
Coordinador de Asuntos Disciplinarios

Proyectó: María Alejandra Arango Alzate
Revisó, encontró conforme y aprobó: Fabio Germán Tobar Pineda