

**VACANCIA POR ABANDONO DE CARGO – Retiro del servicio / ABANDONO DE CARGO – Recuento normativo / VACANCIA DE UN CARGO – No exige un proceso disciplinario / DEBIDO PROCESO – Retiro del servicio por abandono del cargo. Carga de la prueba**

De conformidad con la normativa transcrita y la jurisprudencia citada, en los casos en que se presenta la ausencia de un empleado al trabajo durante tres días consecutivos, el nominador deberá adelantar un procedimiento breve y sumario en donde se respete el debido proceso al encartado, concediendo la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción y defensa, con el objeto de acreditar la inasistencia y una vez comprobado que no existió justa causa para la misma, procederá a declarar la vacancia del empleo, sin perjuicio de que el servidor pueda allegar las pruebas que justifiquen su ausencia, evento en el cual no procedería la declaratoria de vacancia.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2400 DE 1968 / DECRETO 1950 DE 1973 / LEY 443 DE 1998

**VACANCIA POR ABANDONO DE CARGO – Violación al debido proceso / DEBIDO PROCESO – No ejerció el derecho de defensa y contradicción / CERTIFICADO DE INCAPACIDAD MEDICA – Prueba idónea / JUSTA CAUSA – No fue tenida en cuenta**

Previo a declarar la vacancia del cargo el Contralor General de Norte de Santander no permitió a Juan Carlos Fernández Osorio exponer sus razones, aportar las pruebas que considerara pertinentes y controvertir las aducidas en su contra, esto es, el informe del Subcontralor, impidiéndole ejercer su derecho de defensa y contradicción, vulnerándole así el debido proceso, el cual debe garantizarse en las actuaciones administrativas que afecten a particulares, según lo dispuesto por el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo y aun cuando el demandante aportó el certificado de incapacidad médica y con ello justificó su inasistencia, desvirtuando así la configuración de la causal invocada para declarar la vacancia del cargo, el nominador mantuvo la decisión al resolver el recurso de reposición. En el recurso de apelación la Contraloría General de Norte de Santander señala que las pruebas tenidas en cuenta y valoradas por el a quo en el fallo de primera instancia, no prueban la justa causa del actor para ausentarse de su lugar del trabajo por más de tres días, pues la llamada telefónica a la que se hace alusión no puede tenerse como una justificación de la ausencia del señor Fernández Osorio y los testimonios “sospechosos” rendidos no comportan la suficiente contundencia para que se pueda determinar que la ausencia fuera justificada.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2400 DE 1968 / DECRETO 1950 DE 1973 / LEY 443 DE 1998

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON**

Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 54001-23-31-000-1999-00259-01(0140-11)**

**Actor: JUAN CARLOS FERNÁNDEZ OSORIO**

**Demandado: DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER - CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER**

**Autoridades Departamentales**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 25 de mayo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

**ANTECEDENTES**

El señor Juan Carlos Fernández Osorio por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1.- Resolución No. 1312 de 9 de noviembre de 1998 expedida por el Contralor General de Norte de Santander, por medio de la cual se declaró la vacancia del cargo de Asistente de la Oficina de Control Interno, Categoría 7, del cual era titular, por abandono del cargo.

2.- Resolución No. 1347 de 19 de noviembre de 1999, expedida por el Contralor General de Norte de Santander, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición, confirmando en todas sus partes lo decidido en la Resolución No. 1312 de 9 de noviembre de 1998.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho pretende: que se ordene a la entidad demandada su reintegro con efectividad a la fecha de declaratoria de vacancia, al cargo que venía desempeñando o a otro de superior categoría; se ordene a la Contraloría General de Norte de Santander y al Departamento de Norte de Santander

reconocer y pagar solidariamente todos los salarios, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de la declaratoria de la vacancia del cargo hasta la fecha en que efectivamente sea reintegrado; se declare que para todos los efectos legales, no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, desde la fecha de su desvinculación hasta la fecha del reintegro efectivo.

Así mismo, se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.<sup>1</sup>

Los **hechos** en que sustenta las pretensiones, se resumen así:

Mediante la Resolución No. 275 de 7 de abril de 1995 fue nombrado en el cargo de Asistente de Investigaciones y Policía Judicial en la Contraloría General de Norte de Santander, tomando posesión del mismo el 24 de abril de 1995.

El 6 de agosto de 1996 fue inscrito en carrera administrativa.

Fue incapacitado para laborar por los días 3, 4, 5 y 6 de noviembre de 1998 por encontrarse enfermo, situación que comunicó el 3 de noviembre vía telefónica, al Subcontralor Departamental quien ejercía funciones de Jefe de Personal de la Contraloría General de Norte de Santander.

Por situaciones ajenas a su voluntad entregó a la Contraloría General de Norte de Santander el documento de la incapacidad médica, sólo hasta el día 9 de noviembre de 1998.

Mediante la Resolución No. 1312 de 9 de noviembre de 1998 expedida por el Contralor General de Norte de Santander, se declaró la vacancia del cargo de Asistente de la Oficina de Control Interno, Categoría 7, del cual era titular, por abandono del cargo, decisión confirmada por la Resolución No. 1312 de 9 de noviembre de 1998 proferida por la misma entidad.<sup>2</sup>

## **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

---

<sup>1</sup>Fls. 2 y 3 del cuaderno principal del expediente

<sup>2</sup>Fls. 3 a 10 del cuaderno principal del expediente.

- Constitución Política: artículo 29.
- Ley 443 de 1998: artículo 31
- Decreto 1950 de 1973: artículo 127.
- Decreto 01 de 1984: artículo 4º numeral 4, artículos 14, 34, 35 y 84.

La Contraloría General de Norte de Santander profirió los actos demandados, sin que se haya agotado un procedimiento administrativo, violando con ello el debido proceso al actor. Las resoluciones acusadas fueron falsamente motivadas, en atención a que la inasistencia del demandante a su sitio de trabajo, lo fue por una justa causa, respaldada en una excusa médica.

A pesar de que el señor Fernández Osorio, solicitó con el recurso de reposición interpuesto la práctica de algunas pruebas, a ello no accedió la Contraloría General de Norte de Santander.

Arguye que al demandante debió iniciársele un proceso disciplinario para determinar su responsabilidad por la inasistencia a su sitio de trabajo y no dar aplicación a lo determinado en el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973.<sup>3</sup>

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

1.- La Contraloría General de Norte de Santander a través de apoderada, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que los actos administrativos se ajustan a la legalidad pues en su expedición no se infringieron normas de carácter Constitucional ni legal. Las declaraciones, condenas, hechos y omisiones no compaginan con las normas supuestamente violadas.<sup>4</sup>

2.- El apoderado del Departamento de Norte de Santander, se opone a las pretensiones de la demanda.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto el artículo 272 de la Constitución Política, prescribe que las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales deben dotar a las Contralorías de su jurisdicción, de autonomía administrativa y presupuestal en

---

<sup>3</sup> Fls. 10 a 21 del cuaderno principal del expediente.

<sup>4</sup> Fls. 83 a 89 del cuaderno principal del expediente.

concordancia con el artículo 53 de la Ley 42 de 1993.

Indica que las Contralorías territoriales en ejercicio de su autonomía administrativa pueden nombrar y remover libremente a los empleados que hacen parte de la entidad.<sup>5</sup>

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, decretó la nulidad de los actos acusados, con fundamento en los siguientes argumentos:

Respecto de la capacidad jurídica de las Contralorías para concurrir al proceso, señaló que el hecho de que gocen de autonomía presupuestal, administrativa y contractual no les confiere por sí mismo personería para actuar, pues es un atributo otorgado únicamente por la ley.

En ese orden, sin lugar a dudas, al ser el Departamento de Norte de Santander el ente territorial al cual pertenece la Contraloría General demandada debe vincularse al proceso de la referencia, como quiera que dicha entidad es la que está facultada para representarla judicialmente; igualmente, la Contraloría Departamental debe comparecer como parte demandada, pues fue dicho organismo quien profirió los actos demandados, y en el evento en que prosperaran las pretensiones de la demanda debe responder ante la eventual condena.

En relación con el fondo del asunto, afirmó que de conformidad con las pruebas practicadas y allegadas al proceso, el señor Juan Carlos Fernández Osorio probó la existencia de una justa causa para la inasistencia al lugar de trabajo, cual era los quebrantos de salud, situación que desconoció la entidad demandada, infringiendo con ello el artículo 126 del Decreto 1950 de 1993.

De lo anterior concluyó que los actos demandados se expidieron con violación del debido proceso y el derecho a la defensa.

### **FUNDAMENTO DE LAS APELACIONES**

## **De la Contraloría General de Norte de Santander**

1.- En memorial visible a folios 291 a 296 del cuaderno principal del expediente, obra la sustentación del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Contraloría General de Norte de Santander, de cuyas razones de inconformidad se destacan las siguientes:

Expone el recurrente que la inasistencia del demandado por más de tres días a su lugar de trabajo sin justificación, arrojó como consecuencia la declaratoria de vacancia del empleo en aplicación del Decreto 1950 de 1973, sin que fuera necesario el inicio de un proceso disciplinario para determinar la responsabilidad del implicado.

Manifiesta que el actor, sin justa causa, se sustrajo de sus obligaciones para con la Contraloría General de Norte de Santander, puesto que sin razón valedera alguna se ausentó de su lugar de trabajo, lo que conllevó a que la entidad, previas las consideraciones del caso, emitiera el acto administrativo que declaró la vacancia por abandono del cargo, acto contra el que se interpuso recurso de reposición, obteniendo como resultado una decisión desfavorable a sus intereses, puesto que las pruebas aportadas y los argumentos esgrimidos para justificar su ausencia no fueron lo suficientemente válidos para revocar la declaratoria de vacancia del cargo que ocupaba.

Dicha decisión fue tomada con base en las normas aplicables al caso y en ningún momento fueron atentatorias de los derechos al debido proceso y defensa.

Expresa que las pruebas tenidas en cuenta y valoradas por el a quo en el fallo de primera instancia, no prueban la justa causa del actor para ausentarse de su lugar del trabajo por más de tres días, pues la llamada telefónica a la que se hace alusión no puede tenerse como una justificación de la ausencia del señor Fernández Osorio y los testimonios “sospechosos” rendidos, no comportan la suficiente contundencia para que se pueda determinar que la ausencia fuera justificada.

## **Del Departamento de Norte de Santander**

---

<sup>5</sup> Fls. 97 a 100 del cuaderno principal del expediente.

2.- En memorial visible a folios 309 a 313 del cuaderno principal del expediente, obra la sustentación del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Departamento de Norte de Santander, de cuyas razones de inconformidad se destacan las siguientes:

Manifiesta que la entidad territorial que representa no se encuentra legitimada en la causa por pasiva para concurrir al proceso, en atención a que las Contralorías Territoriales son organismos técnicos con autonomía presupuestal, administrativa y contractual, conforme los mandatos de los artículos 272 de la Constitución Nacional y el artículo 66 de la ley 42 de 1993, y como consecuencia de ello pueden ser parte dentro de los procesos judiciales y asumir las obligaciones que se deriven de una sentencia en eventual caso de ser adversa o condenatoria.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto de fondo.

Para resolver, se

### **CONSIDERA**

#### **I.- De la legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Norte de Santander para concurrir al proceso**

En relación con la ausencia de personería jurídica de las Contralorías Territoriales, la Sala pone de presente que estas entidades al no ostentar tal atributo - *personería jurídica* - no pueden comparecer por sí mismas al proceso, sino a través de los entes territoriales de los cuales hacen parte.

Sobre el tema en particular, se hace necesario transcribir apartes de la sentencia de la Corporación de 25 de marzo de 2010<sup>6</sup>, en la cual se dijo:

*Esta Corporación en Auto de 7 de marzo de 2002<sup>7</sup>, expediente 1494-01, M.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, rectificó la posición jurisprudencial según la cual se venía reconociendo la calidad de persona jurídica a las Contralorías*

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicación No. 76001-23-31-000-2001-05545-01 (1797-06)

<sup>7</sup> Consejo de Estado-Sección Segunda, Auto de 7 de marzo de 2002, Exp. 1494-01. M.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro

*Territoriales; y, concluyó, luego del estudio de la normativa correspondiente que si bien dichas Entidades gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, ello por sí sólo no les confiere la personalidad jurídica, porque quien realmente tiene tal calidad es el Ente Territorial del cual hace parte la Contraloría pertinente.*

*En esas condiciones debía vincularse a la persona jurídica de la cual hace parte, donde ocurrieron los hechos, es decir, el Municipio de Tulúa y la Contraloría Municipal.(...)*

*El anterior criterio fue reiterado en Auto de 25 de julio de 2007, expediente No. 6027-2005, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, que al respecto dijo:*

*“De acuerdo con lo expuesto, el Despacho considera que luego de la expedición de la Constitución de 1991 y de las Leyes 42 y 106 de 1993, vigentes en su totalidad para la fecha de presentación de la demanda, las contralorías distritales deben comparecer en juicio con la entidad territorial de la cual forman parte, facultad que también encuentra asidero jurídico en el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo. (...)”*

De igual forma, en la sentencia de 20 de marzo de 2003<sup>8</sup>, se estableció al respecto:

*“...En cuanto a las Contralorías Territoriales, cabe anotar, a primer vista, que aunque gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, ello, por sí solo, **no les confiere la PERSONALIDAD JURÍDICA, la cual debe estar determinada en forma expresa y clara en nuestro ordenamiento jurídico...***

*(...)*

*En cuanto a las CONTRALORÍAS TERRITORIALES, no es obstáculo para que puedan ejercer la defensa de sus intereses en vía jurisdiccional; pero, de todas maneras, **se habrá de vincular a la PERSONA JURÍDICA de la cual hacen parte, con determinación -a continuación- de la entidad donde ocurrieron los hechos, v. gr. Departamento de Boyacá – Contraloría Departamental de Boyacá o la denominación que tenga, lo cual no significa que se están demandado a dos personas jurídicas, sino que la segunda es parte de la primera y se menciona para precisar la entidad donde ocurrieron los hechos. (...)**” (se resalta)*

De conformidad con el criterio jurisprudencial referido, para la Sala es claro que el Departamento de Norte de Santander, ente territorial al cual pertenece la Contraloría General de Norte de Santander – *entidad que profirió los actos demandados* – se encuentra legitimado en la causa por pasiva para concurrir al proceso.

De otra parte, advierte la Sala que el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en la parte considerativa expresó:

*De esta manera, no puede haber lugar a dudas que el Departamento de Norte de Santander, esto es la entidad territorial a la cual pertenece la*

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicación No. 20001-23-21-000-1999-0794-01 (3714-01)



*Contraloría del Departamento Norte de Santander, debe estar vinculada en el proceso bajo estudio, pues ésta entidad es quien tiene la facultad de representar judicialmente al Departamento; así mismo, **la Contraloría Departamental, debe comparecer a este proceso como parte demandada, pues fue este organismo de control quien profirió el acto acusado y en el evento de prosperar las súplicas de la demanda, deberá responder ante una eventual condena. (se resalta)***

Sin embargo en la condena impuesta a título de restablecimiento del derecho dispuso:

*Como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la entidad demandada, DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER a pagar al actor, señor JUAN CARLOS FERNÁNDEZ OSORIO todos los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta el momento de su fallecimiento.*

En esas condiciones, es preciso modificar la parte resolutive del fallo apelado en el sentido de señalar que es a la Contraloría del Departamento de Santander a quien corresponde el pago de todos los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta el momento de su fallecimiento, y no al Departamento de Norte de Santander.

## **II.- Problema jurídico**

Debe la Sala determinar si la decisión tomada por la entidad de control demandada, al declarar la vacancia del cargo ocupado por Juan Carlos Fernández Osorio en la Contraloría General del Departamento de Norte de Santander, se ajustó a los parámetros constitucionales y legales correspondientes.

## **III.- Actos administrativos demandados**

1.- Resolución No. 1312 de 9 de noviembre de 1998 expedida por el Contralor General de Norte de Santander, por medio de la cual se declaró la vacancia del cargo de Asistente de la Oficina de Control Interno, Categoría 7, del cual era titular el señor Juan Carlos Fernández Osorio, por abandono del cargo.<sup>9</sup>

2.- Resolución No. 1347 de 19 de noviembre de 1999, expedida por el Contralor General de Norte de Santander, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición, confirmando en todas sus partes lo decidido en la Resolución No. 1312

---

<sup>9</sup> Fls. 193 a 194 del cuaderno principal del expediente

de 9 de noviembre de 1998.<sup>10</sup>

#### **IV.- De lo probado en el proceso**

Mediante la Resolución No. 275 de 7 de abril de 1995 el señor Juan Carlos Fernández Osorio fue nombrado en el cargo de Asistente de la Oficina de Investigaciones y Policía Judicial, Categoría 7 de la Contraloría General del Departamento de Norte de Santander.<sup>11</sup>

Por Resolución No. 0007 de 6 de agosto de 1996, proferida por el Contralor General de Norte de Santander, se resolvió convalidar e inscribir en el escalafón de carrera administrativa de la Contraloría General del Departamento de Norte de Santander al señor Juan Carlos Fernández Osorio en el cargo de Asistente Grado 07 de la Oficina de Control Interno.<sup>12</sup>

El 3 de noviembre de 1998 el señor Juan Carlos Fernández Osorio fue incapacitado por enfermedad general por cuatro (4) días, contados a partir de ese mismo día, de conformidad con el certificado de incapacidad No. 0183070 expedido por la Entidad Promotora de Salud UNIMEC S.A.,<sup>13</sup> E.P.S. a la que se encontraba afiliado para ese momento.<sup>14</sup>

El certificado de incapacidad médica No. 0183070 fue entregado a la Contraloría General del Departamento de Norte de Santander el día 9 de noviembre de 1998.

Mediante la Resolución No. 1312 de 9 de noviembre de 1998 expedida por el Contralor General de Norte de Santander, se declaró la vacancia del cargo de Asistente de la Oficina de Control Interno, Categoría 7, del cual era titular el señor Juan Carlos Fernández Osorio por abandono del cargo. Para el efecto, consideró:

*“Que mediante oficio del cinco (5) de noviembre de 1998 emanado de la Oficina de Control Interno, informa al Despacho de la Subcontraloría que el señor JUAN CARLOS FERNANDEZ OSORIO no se presentó a cumplir con sus funciones desde el día tres (3) de noviembre de 1998 hasta la fecha.*

*Que mediante oficio del nueve (9) de noviembre de 1998, el Subcontralor del departamento de Norte de Santander, en su calidad de Jefe de personal de la entidad, certifica la no asistencia a laborar los días 3, 4 y 5 de noviembre del*

<sup>10</sup> Fls. 197 a 207 del cuaderno principal del expediente

<sup>11</sup> Fl. 27 del cuaderno principal del expediente

<sup>12</sup> Fls. 28 y 29 del cuaderno principal del expediente

<sup>13</sup> Fl. 52 del cuaderno principal del expediente

<sup>14</sup> Fl. 157 del cuaderno principal del expediente

*señor JUAN CARLOS FERNANDEZ OSORIO así como también la no justificación de esta situación dentro de las 24 horas siguientes, tal y como lo establece el Estatuto de Personal en su artículo 174.*

*Que, el Decreto 1950 de 1973 artículo 126 establece: "El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa deja de concurrir por tres (3) días consecutivos a cumplir con las funciones inherentes a su cargo."*

Contra la anterior decisión, el señor Fernández Osorio interpuso recurso de reposición, explicando las razones de su ausencia a laborar, bajo el amparo de una justa causa como lo era su enfermedad, allegando como prueba **nuevamente** el certificado de incapacidad médica No. 0183070 expedido por la Entidad Promotora de Salud UNIMEC S.A., indicando además que el 3 de noviembre de 1998 se comunicó con el Subcontralor y le informó sobre su estado de salud y la incapacidad médica que se le había prescrito, motivo por el cual solo asistiría hasta el siguiente 9 del mismo mes.

Mediante la Resolución No. 1347 de 19 de noviembre de 1999, expedida por el Contralor General de Norte de Santander, se resolvió el recurso de reposición, confirmando en todas sus partes lo decidido en la Resolución No. 1312 de 9 de noviembre de 1998. En relación con la justificación de Juan Carlos Fernández Osorio consideró:

*No niega esta departamental que la conversación telefónica entre el Subcontralor BAYONA BAYONA y el funcionario FERNÁNDEZ OSORIO haya podido tener lugar; simplemente opina que ello no era óbice, en lo absoluto, para que éste último legalizara en tiempo ante la Contraloría su situación, cosa que no ocurrió, ni podía ocurrir, por la mera circunstancia de una charla por teléfono.*

*Sea de ello lo que fuere, lo que elimina en el sub – lite la posibilidad de tener por acreditada la justificación de la conducta es la culpa cometida por el señor FERNÁNDEZ OSORIO en el sentido de no exhibir el certificado médico al servidor público encargado de estos asuntos con la mayor prontitud; todo lo cual implica un desconocimiento grave de los conductos regulares y una manifiesta irresponsabilidad.*

*Era ante el Jefe de Personal mismo de la Contraloría, que no es otro que el señor Subcontralor, que el señor FERNÁNDEZ OSORIO o su legítimo delegatario había de desarrollar personalmente las diligencias tendientes a obtener la aceptación de la incapacidad; pero muy otro fue el actuar, omisivo, del recurrente.(...)*

La Contraloría Departamental consideró que si bien el demandante comunicó telefónicamente al Subcontralor sobre la razón de su inasistencia, ello no eximía al demandante de la obligación de legalizar la incapacidad prescrita.

#### **V.- De la vacancia por abandono del cargo**

Las normas que rigen el abandono del cargo como causal de retiro, son las contenidas en el Decreto Ley 2400 de 1968<sup>15</sup> y su Decreto Reglamentario 1950 de 1973.

El numeral 10 del artículo 22 del Decreto 1950, señala las situaciones en las cuales un empleo se considera vacante definitivamente, al disponer:

1. *Por renuncia regularmente aceptada.*
2. *Por declaratoria de insubsistencia.*
3. *Por destitución.*
4. *Por revocatoria del nombramiento.*
5. *Por invalidez absoluta del empleado que lo desempeña.*
6. *Por retiro del servicio civil con pensión de jubilación o de vejez.*
7. *Por traslado o ascenso.*
8. *Por declaratoria de nulidad del nombramiento.*
9. *Por mandato de la ley.*
- 10. *Por declaratoria de vacante en los casos de abandono del cargo, y***
11. *Por muerte del empleado*

A su turno el artículo 126 ibídem establece los eventos en que se produce el 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 treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar.*
- 2. *Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos.***
3. *No concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del presente Decreto Nacional, y*
4. *Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo. ( se resalta)*

En concordancia con la norma antes transcrita, el artículo 127 ibídem prescribe:

*Comprobado cualquiera de los hechos de que trata el artículo anterior, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo, previos los procedimientos legales”.*

Por su parte, el artículo 37, literal g) de la Ley 443 de 1998<sup>16</sup>, vigente para la expedición de los actos demandados, señalaba como causal de retiro de los empleados de carrera, la declaratoria de vacancia del empleo.

---

<sup>15</sup> Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones

<sup>16</sup> Derogada por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004.

Ahora bien, reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la declaratoria de vacancia de un cargo no exige el adelantamiento de proceso disciplinario, basta que se compruebe tal circunstancia para proceder en la forma ordenada por la ley. Es decir, que opera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la administración al respecto es solamente declarativo, el cual podrá hacerse después de adelantar un trámite breve y sumario con observancia del **debido proceso**.

En efecto, en relación con la tesis de imponer a la entidad la obligación de adelantar un proceso disciplinario para declarar la vacancia del cargo por abandono, la Sala Plena de la Sección Segunda de la Corporación, unificó la jurisprudencia, en sentencia de 22 de septiembre de 2005<sup>17</sup>, bajo las siguientes consideraciones:

*Esta Sala Plena de la Sección Segunda, con un fin unificador de la jurisprudencia, asume el conocimiento del presente proceso y recoge el anterior planteamiento jurisprudencial sobre la materia, pues si bien se trata de una misma circunstancia: el abandono injustificado del servicio, comporta efectos autónomos distintos cuando se trata de regular la función pública que cuando se trata de disciplinar a los funcionarios. En esa medida mal puede la causal de abandono del cargo sólo aplicarse previo un proceso disciplinario, pues frente a la administración pública es menester que el nominador cuente con esa herramienta para designar un funcionario en reemplazo del que abandonó sus tareas, para así lograr la continuidad de la prestación del servicio público, fin que no es otro al que apunta esta figura en la función pública.*

En relación con la carga de la prueba, es preciso señalar que corresponde al servidor demostrar la justificación de su inasistencia, por lo que una actitud pasiva de su parte, no implica que corresponda a la administración a través del procedimiento previo, breve y sumario, establecer las causas de su conducta. En este sentido ha considerado la Sala:

*De manera que realizada la evaluación de las circunstancias, la institución debe tomar la decisión debidamente motivada, en donde conste la ausencia injustificada del funcionario por el término señalado en la Ley. Ahora bien, si el funcionario no allegó oportunamente la justificación, puede arribarla posteriormente aún cuando el acto de insubsistencia se haya producido, caso en el cual, por falta de antijuridicidad la conducta del mismo enervaría la anunciada declaratoria de vacancia. En virtud de lo anterior, para el empleado deber ser claro que a él le incumbe la carga de la prueba en todos los casos, esto es, sin que en absoluto pueda abandonar pasivamente su suerte al procedimiento breve y sumario que debe adelantar el nominador, pues nada indica que éste deba suplir al inculpado frente a la prenotada carga*

---

<sup>17</sup> RAD: 110010325000200300244-01(2103-03)

*probatoria. De lo cual se sigue, lógicamente, que la insuficiencia de la prueba justificativa debe soportarla el empleado ausente en términos de vacancia del cargo.<sup>18</sup>*

De conformidad con la normativa transcrita y la jurisprudencia citada, en los casos en que se presenta la ausencia de un empleado al trabajo durante tres días consecutivos, el nominador deberá adelantar un procedimiento breve y sumario en donde se respete el debido proceso al encartado, concediendo la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción y defensa, con el objeto de acreditar la inasistencia y una vez comprobado que no existió justa causa para la misma, procederá a declarar la vacancia del empleo, sin perjuicio de que el servidor pueda allegar las pruebas que justifiquen su ausencia, evento en el cual no procedería la declaratoria de vacancia.

#### **VI.- Caso concreto**

En el presente asunto, está demostrado que Juan Carlos Fernández Osorio informó telefónicamente al funcionario competente en la entidad, esto es al Subcontralor, que debido a su enfermedad fue incapacitado por 4 días y una vez se presentó al lugar de trabajo, el 9 de noviembre de 1998, allegó el certificado de incapacidad No. 0183070 expedido por la Entidad Promotora de Salud UNIMEC S.A.

No obstante lo anterior, en la Resolución 1312 de 9 de noviembre de 1998, el Contralor General de Norte de Santander declaró la vacancia del cargo, basándose única y exclusivamente en la certificación expedida por el Subcontralor, sin tener en cuenta la situación expuesta y los documentos aportados por el actor, manteniendo tal determinación al desatar el recurso de reposición en la Resolución 1347 de 19 de noviembre de 1998.

Concluye la Sala que la Contraloría General del Departamento de Norte de Santander no cumplió con el procedimiento para verificar las razones de la ausencia del demandante, desconociendo con ello lo dispuesto por los artículos 126 y 127 del Decreto 1950 de 1973, lo que deja la declaratoria de vacancia del

---

<sup>18</sup>Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 3 de marzo de 2011, Expediente No. 05001-23-31-000-2004-04229-01(2003-09), Actor: Farid Díaz Quejada. En este mismo sentido ver sentencia de la Subsección "B" de 6 de diciembre de 2007, Expediente No. 15001-23-31-000-1997-17363-01(2911-05), Actor: Candelaria Sepúlveda Escobar.

cargo sin sustento jurídico, puesto que la razón expresada y acreditada por el señor Fernández Osorio para justificar su inasistencia durante los días en que dejó de laborar, evidencia la existencia de justa causa, dado que era imposible su concurrencia por encontrarse enfermo e incapacitado para ejercer sus funciones como empleado público.

En ese orden, para la expedición de los actos demandados, la administración se basó solamente en el hecho objetivo de que el actor no se presentó a su lugar de trabajo, sin tener en cuenta el indicio de la existencia de una justa causa para ello, cual era la llamada telefónica informando la incapacidad médica.

Previo a declarar la vacancia del cargo el Contralor General de Norte de Santander no permitió a Juan Carlos Fernández Osorio exponer sus razones, aportar las pruebas que considerara pertinentes y controvertir las aducidas en su contra, esto es, el informe del Subcontralor, impidiéndole ejercer su derecho de defensa y contradicción, vulnerándole así el debido proceso, el cual debe garantizarse en las actuaciones administrativas que afecten a particulares, según lo dispuesto por el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo y aun cuando el demandante aportó el certificado de incapacidad médica y con ello justificó su inasistencia, desvirtuando así la configuración de la causal invocada para declarar la vacancia del cargo, el nominador mantuvo la decisión al resolver el recurso de reposición.

En el recurso de apelación la Contraloría General de Norte de Santander señala que las pruebas tenidas en cuenta y valoradas por el a quo en el fallo de primera instancia, no prueban la justa causa del actor para ausentarse de su lugar del trabajo por más de tres días, pues la llamada telefónica a la que se hace alusión no puede tenerse como una justificación de la ausencia del señor Fernández Osorio y los testimonios “sospechosos” rendidos no comportan la suficiente contundencia para que se pueda determinar que la ausencia fuera justificada.

Sobre el particular es pertinente indicar que la llamada telefónica que hizo el señor Juan Carlos Fernández Osorio no es la justificación de la inasistencia, como lo sugiere la demandada, la justa causa radica en el estado de salud del demandante que le impedía acudir al sitio de trabajo, situación de la cual el certificado médico aludido es el medio de prueba idóneo para acreditarlo.

En relación con los testimonios recibidos dentro del proceso, Néstor José Rojas Ayala, Nelson Fernando Riveros Giraldo y Mauricio Medina Pérez, quienes tuvieron conocimiento del estado de salud del actor y de sus esfuerzos para legalizar su incapacidad ante la entidad, no fueron determinantes dentro de la valoración probatoria realizada por el A quo para declarar la nulidad de los actos demandados, sin embargo corroboran el contenido de los medios de prueba documentales antes referidos.

Señala el apoderado de la entidad que para darle el carácter de válido a los testimonios para demostrar los hechos de la demanda, era necesario llamar al funcionario que recibió la llamada del actor y a los servidores de la Contraloría mencionados por los testigos, lo cual no ocurrió, afirmación respecto de la cual es importante indicar que la entidad tuvo las oportunidades procesales para pedir y aportar las pruebas que estimara pertinentes, no obstante, no solicitó las declaraciones que en esta oportunidad echa de menos.

En consecuencia, y comoquiera que se desvirtuó la legalidad de los actos demandados, se confirmará la sentencia apelada por la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander accedió a las pretensiones de la demanda.

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

#### **FALLA**

**MODIFÍCASE** la sentencia de veinticinco (25) de mayo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, dentro del proceso promovido por **JUAN CARLOS FERNÁNDEZ OSORIO**, en el sentido de señalar que es a la Contraloría del Departamento de Norte de Santander y no al Departamento de Norte de Santander, a quien corresponde el pago de todos los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta el momento de su fallecimiento.

**CONFÍRMASE** en lo demás.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE** y ejecutoriada, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal



de origen.

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

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**