

VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO – No es necesario el adelantamiento de proceso disciplinario / VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO – Procedimiento previo que garantice el derecho de defensa / VANCANCIA POR ABANDONO DEL CARGO – el debido proceso no se garantiza por la interposición del recurso de reposición contra la decisión

Acogiendo el precedente judicial, se tiene que, el abandono del cargo comporta efectos autónomos distintos, pues, verificado el hecho, sin que se evidencie causa razonable que justifique la ausencia por parte del empleado, la administración, de manera autónoma, sin perjuicio de la potestad sancionatoria, puede disponer el retiro definitivo del servicio por declaratoria de vacancia del cargo. Así entonces, un mismo comportamiento puede implicar consecuencias negativas distintas para un servidor público. El literal i) del artículo 41 de la Ley 443 de 1998, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio. En el caso concreto, dicha garantía no se respetó en la medida en que de acuerdo con la motivación del acto y los antecedentes que dieron origen a su expedición, para la administración resultó suficiente el hecho objetivo de la inasistencia del demandante desde el 28 de julio de 2000, sin que se adelantara un procedimiento previo, breve y sumario en orden a comprobar las circunstancias en las que se produjo la dejación del empleo, para permitirle de esta manera al interesado, ejercer su derecho de defensa al otorgársele la oportunidad de ser oído, aportar pruebas y controvertir las que le resultaran adversas. Sólo con ocasión de la interposición del citado recurso, 30 de abril de 2001, esto es, con posterioridad al momento en el cual se declaró la vacancia del cargo del actor, 28 de julio de 2000, la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia de Bucaramanga señaló que no contaba con los elementos de juicio para analizar las razones expuesta por el señor Hernando Cortés Torres para no haberse reintegrado a su cargo. La garantía constitucional al debido proceso en la actuación administrativa que culminó con la expedición del acto que declaró vacante el empleo que ocupaba el demandante, a juicio de la Sala, no se entiende cumplida con la posibilidad de cuestionar la validez de la decisión a través del recurso de reposición interpuesto. El control de legalidad del acto administrativo, a través de los recursos de la vía gubernativa y las acciones ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, constituye una garantía posterior, la cual parte del supuesto de que al interesado se le ha permitido ejercer su derecho de defensa en los términos previstos en el artículo 35 del C.C.A.

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 37 / LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 4 / LEY 909 DE 2004 – ARTICULO 41

NOTA DE RELATORIA: Sobre la necesidad de realizar un procedimiento previo que garantice el derecho de defensa para el retiro del servicio por abandono del cargo, Corte Constitucional, sentencia de 2005, Rad. C-1189, M. P., Humberto Sierra Porto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil diez (2010).

Radicación número: 68001-23-15-000-2002-00288-01(1896-08)

Actor: HERNANDO CORTES TORRES

**Demandado: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO
RAMON GONZALEZ VALENCIA**

AUTORIDADES MUNICIPALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 14 de marzo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que negó las súplicas de la demanda formulada por HERNANDO CORTÉS TORRES contra la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Ramón González Valencia.

LA DEMANDA

El señor Hernando Cortés Torres, mediante apoderado interpuso demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 001115 de 19 de diciembre de 2000 y 000691 de 10 de agosto de 2001, por medio de las cuales se declaró vacante el empleo de Enfermero, código 3200, que venía desempeñando en la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia, por abandono del cargo, y se confirmó la decisión adoptada, respectivamente.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó su reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o mejor categoría; condenar a la parte demandada a pagarle los salarios, primas, subsidios, vacaciones y demás adehalas dejadas de percibir desde la fecha del retiro hasta la materialización del reintegro; que se declare que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios y que el reconocimiento y pago de los ajustes sobre las distintas

condenas se haga de conformidad con las tablas del índice de precios al consumidor, certificadas por el DANE, más los intereses comerciales y moratorios previstos en el artículo 177 del C.C.A.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes **hechos**:

El señor Hernando Cortés Torres se vinculó a la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia de Bucaramanga, Santander, desde el 19 de junio de 1996 en el empleo de Enfermero, código 3200.

El 3 de junio de 1998, mediante Resolución No. 7152 fue inscrito en el escalafón de la carrera administrativa.

Mediante Resolución No. 0000110 de 27 de febrero de 1998, el Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Ramón González Valencia le otorgó al demandante comisión para desempeñar el empleo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Integrado San Bernardo de Barbosa.

Posteriormente, el Gerente del Hospital Ramón González Valencia prorrogó la citada comisión por un término de dos años contados a partir del 1 de marzo de 1999.

El 26 de julio de 2000, el demandante presentó renuncia al empleo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Integrado San Bernardo de Barbosa, sin que ello implicara su renuncia a la comisión que venía disfrutando, dado que debía entregar el empleo a quien fuera designado en su reemplazo.

El Alcalde municipal de Barbosa, Santander, aceptó la renuncia presentada por el actor a partir del 28 de julio de 2000. No obstante lo anterior, le solicitó que permaneciera en el cargo hasta tanto hiciera entrega del mismo.

Sostuvo que, la Alcaldía del Barbosa, Santander, le informó oportunamente a la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia la necesidad de que el demandante permaneciera, por un tiempo más, en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Integrado San Bernardo de Barbosa.

Manifestó que, el demandante solicitó directamente al Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia su reintegro al empleo de Enfermero, código 3200. Sin embargo, el citado funcionario mediante Resolución No. 001115 de 19 de diciembre de 2000 declaró vacante el cargo que había desempeñado el señor Hernando Cortés Torres.

Contra dicha decisión, el interesado interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 00691 de 10 de agosto de 2001, confirmando la Resolución No. 001115 de 19 de diciembre de 2000.

Se indica que, los actos acusados fueron expedidos con desviación de poder y falsa motivación toda vez que, en el fondo lo que ocurrió fue una destitución encubierta por la figura de la vacancia del cargo.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como **normas violadas** las siguientes:

Constitución Política: artículos 1, 2, 3, 6 y 90.

Código Contencioso Administrativo: artículos 36.

La Ley 200 de 1995.

El Decreto 1950 de 1973.

Al explicar el **concepto de violación** en la demanda se sostiene que, la Empresa Social del Estado Ramón González Valencia desconoció la obligación constitucional que tiene el Estado de proteger el derecho al trabajo y sus garantías mínimas, al declarar vacante el cargo que venía desempeñando el demandante.

Además, sostiene que la administración procedió a declarar vacante el citado empleo sin el cumplimiento del procedimiento establecido para tal fin, esto es, sin haber motivado y notificado en debida forma los actos mediante los cuales se declaró la vacancia del cargo.

Argumenta que, está probado que la E.S.E. Ramón González Valencia no determinó, previo a la declaratoria de vacancia del cargo, los hechos que rodearon el supuesto abandono del cargo en que incurrió el actor, y mucho

menos, tuvo en cuenta la petición elevada por el Alcalde de Barbosa, Santander, en el sentido que, por razones del servicio, el actor debía permanecer en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado de Barbosa, hasta tanto se designara su reemplazo.

Así sostuvo que, resulta violatorio del derecho al debido proceso el hecho de que el Hospital Ramón González Valencia, de Bucaramanga, posterior a la declaratoria de vacancia del cargo del demandante hubiera expedido la Resolución No. 000367 de 30 de abril de 2001, por medio de la cual solicita la práctica de unas prueba con el fin de resolver el recurso de reposición interpuesto por el demandante.

Igualmente manifestó que, resulta más grave el hecho de que en la parte motiva de la citada Resolución No. 000367 de 2001, la misma entidad demandada señale que solicitaba el recaudo de unas pruebas, dado que no contaba con el suficiente material probatorio que le permitiera calificar objetiva y subjetivamente las razones que aducen la parte actora en el recurso de reposición.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia a folios 68 y siguientes del expediente contestó la demanda, con los siguientes argumentos:

Sostuvo que, la declaratoria de vacancia del cargo del demandante obedeció a que éste no se reintegró al mismo, una vez finalizó la comisión que se le había otorgado para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción.

Manifestó que, en el momento en que el demandante renunció al empleo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Integrado San Bernardo de Barbosa debió reintegrarse de inmediato a la E.S.E. Ramón González Valencia toda vez que, nos es posible que un empleado permanezca en ejercicio de sus funciones después de que se le haya aceptado su renuncia.

Argumentó que, no existe dentro del plenario plena prueba o indicio que permita asegurar que el demandante, posterior a la aceptación de su renuncia, hubiera solicitado la prórroga de la comisión otorgada por el Gerente de la Empresa Social del Estado Ramón González Valencia, con el fin de permanecer en el empleo de

Gerente de la E.S.E. Hospital Integrado San Bernardo de Barbosa hasta que se hubiera designado su reemplazo.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Santander en sentencia de 14 de marzo de 2008, negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (Fls. 269 a 286):

Señala en primer lugar el *A quo*, que la administración sí adelantó una actuación administrativa mediante la cual investigó la situación particular del actor, comprobando que, en efecto, se había desvinculado del empleo de Gerente del Hospital Integrado San Bernardo de Barbosa el 28 de julio de 2000, sin que se hubiese reincorporado al Hospital Ramón González Valencia en esa misma fecha.

Argumenta que, del material probatorio allegado al expediente se observa que el actor solicitó su reintegro al empleo de Enfermero, código 3200, del Hospital Ramón González Valencia, el 18 de octubre de 2000 sin justificar su no comparecencia al cargo por más de dos meses y medio. Bajo este supuesto, sostuvo que luego de haber adelantado un procedimiento sumario que permitió verificar el abandono efectivo del cargo, procedía la declaratoria de vacancia del mismo.

Considera el Tribunal que, si bien es cierto el Alcalde municipal de Barbosa, Santander, le solicitó al demandante que permaneciera en el empleo de Gerente del Hospital Integrado San Bernardo de Barbosa, por un tiempo adicional, no lo es menos, que esa circunstancia por si sola no constituye una justificación al abandono del cargo, del cual era titular en el Hospital Ramón González Valencia de Bucaramanga, toda vez que, éste sólo informó de su renuncia dos meses después de haberse desvinculado del empleo.

El *A quo* es enfático al señalar que el artículo 40 de la Ley 200 de 1995 establece el deber de los servidores públicos de permanecer en el desempeño de sus labores mientras no se haya designado su reemplazo. Sin embargo, dada la calidad del actor de empleado de carrera, primaba sobre éste el deber de reintegrarse al empleo del cual era titular de conformidad con las normas de carrera administrativa una vez finalizara la comisión que se le había otorgado para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción.

EL RECURSO

La parte demandante impugnó la decisión anterior con los siguientes argumentos (Fls. 289 a 290):

Sostuvo el recurrente que, de haberse analizado el fin de la norma que sanciona al empleado que abandone su cargo con la declaratoria de vacancia del mismo otra hubiera sido la decisión adoptada por el Tribunal. En efecto, manifestó que en el presente caso el demandante nunca dejó de laborar para la red de salud del departamento de Santander, y específicamente en el lugar donde más se requería apoyo en ese momento, esto es, el Hospital Integrado San Bernardo de Barbosa.

Argumentó que, el Hospital Ramón González Valencia ante el retiro temporal del actor de su planta de personal, había adoptado, con toda seguridad las medidas necesarias para seguir cumpliendo las funciones de Enfermero, código 3200, circunstancia que difiere de la situación particular del Hospital Integrado San Bernardo de Barbosa, el cual al quedarse sin gerente hubiera visto afectada la eficiente y eficaz prestación de los servicios de salud.

Considera que, no se puede olvidar que el servicio de salud es prestado por una red hospitalaria nacional la que debe ser vista como una sola, por lo que resulta inapropiado hacer distinciones en las instituciones prestadoras de estos servicios más aún cuando, en el caso concreto, los pacientes del Hospital Integrado San Bernardo de Barbosa son remitidos a la E.S.E. Ramón González Valencia.

CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

Como problema jurídico principal, considera la Sala, que en el presente caso se trata de establecer si la Gerencia de la Empresa Social del Estado Ramón González Valencia de Bucaramanga, previo a la expedición del acto administrativo que declaró vacante el empleo que ocupaba el demandante, por abandono del cargo, debió adelantar un procedimiento breve y sumario en orden a comprobar las circunstancias en las que se produjo la dejación del empleo.

ACTOS ACUSADOS

1.- Resolución No. 001115 de 19 de diciembre de 2000 por medio de la cual se declara vacante el empleo que venía desempeñando el señor Hernando Cortés Torres en la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia, por haberse configurado el abandono del cargo (fls. 30 a 32).

2.- Resolución No. 000691 de 10 de agosto de 2001 por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 001115 de 2000, confirmándola en todas sus partes (fls. 37 a 38).

DE LA VINCULACIÓN LABORAL DEL DEMANDANTE

De acuerdo con la certificación suscrita por la Jefe del Departamento de Recursos Humanos del Hospital Universitario Ramón González Valencia el actor laboró en esa entidad desde el 19 de junio de 1996, en el cargo de Enfermero (fl. 129).

El 23 de febrero de 1998 el Alcalde Municipal de Barbosa, Santander, mediante Resolución No. 000053, nombró al señor Hernando Cortés Torres como Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Integrado San Bernardo de Barbosa, Santander (fls. 14 a 15).

Mediante Resolución No. 0000110 de 27 de febrero de 1998 el Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia le otorgó al señor Hernando Cortés Torres comisión, por el término de un año, para desempeñarse como Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Integrado San Bernardo de Barbosa, Santander (fls. 2 a 3).

El 19 de febrero de 1999, la Gerencia de la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia prorrogó por el término de dos años la comisión que se le había otorgado al demandante mediante la resolución No. 0000110 de 1998 (fls. 4 a 5).

El 26 de julio de 2000, el actor presentó renuncia al empleo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Integrado San Bernardo de Barbosa, Santander. El 28 de julio de 2000, mediante Resolución No. 000151 el Alcalde del

municipio de Barbosa, Santander, aceptó la renuncia presentada por el actor, a partir de esa fecha (fls. 6 y 7).

El 28 de julio de 2000, el demandante le solicitó al Gerente de la Empresa Social de Estado Hospital Ramón González Valencia que procediera a reintegrarlo al empleo de Enfermero, código 3200, del cual se había separado para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción (fl. 10).

Por oficio de 3 de agosto de 2000, el Alcalde del municipio de Barbosa, Santander, le solicitó al demandante que “en aras de no generar traumatismos ni retrasos en los proyectos como en el desempeño de la institución” continuara colaborando en el cargo, hasta tanto se designara en su reemplazo, lo anterior toda vez que la comisión que le había otorgado la Empresa Social del Estado Ramón González Valencia no había culminado (fl. 9).

DE LA DECLARATORIA DE VACANCIA

Mediante Resolución No. 001115 de 19 de diciembre de 2000 el Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga declaró vacante el empleo de Enfermero, código 3200, que venía desempeñando el señor Hernando Cortés Torres en la citada ESE. (fls. 120 a 121).

El acto administrativo fue expedido, bajo las siguientes consideraciones fácticas y jurídicas:

“(…)

1. *Que según acto administrativo legalmente expedido por ésta Gerencia, le fue conferida al funcionario Hernando Cortés Torres el que se identifica con la cédula de ciudadanía número 91.012.579 de Barbosa, Santander, Comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción.*
2. *Que la Comisión le fue conferida para que se desempeñara como Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Integrado San Bernardo de Barbosa, Santander.*
3. *Que se ha establecido que el funcionario Hernando Cortés Torres, presentó con fecha de 28 de julio de 2000, renuncia al cargo para el cual se le confirió la comisión, desvinculación que le fuera aceptada mediante la Resolución No. 000151 del 28 de julio de 2000 emanada de la Alcaldía municipal de Barbosa, Santander.*
4. *Que el Decreto reglamentario 1950 de 1973 en su artículo 93, dispone que “al finalizar el término de la comisión o cuando el funcionario comisionado haya renunciado a la misma antes del vencimiento de su término deberá*

reintegrarse al empleo de carrera de que es titular. Si ni lo hiciere incurriría en abandono del cargo conforme a las previsiones del presente Decreto.

5. *Que se encuentra plenamente acreditado que el funcionario que se cita presentó voluntaria renuncia al cargo materia de la comisión, la cual le fue aceptada por el acto emitido por la administración municipal de Barbosa (...).*
6. *Que el funcionario Hernando Cortés Torres, ha debido reintegrarse luego de haberle sido aceptada su renuncia al cargo para el cual se le concedió la comisión, renuncia ésta que de acuerdo a la Resolución No. 000151 de 28 de julio de 2000, proferida por la administración municipal de Barbosa se hacía efectiva a partir de la misma fecha. (...).”.*

El Alcalde del municipio de Barbosa, Santander, por oficio de 29 de diciembre de 2000 le informó al demandante que el motivo que lo llevó a solicitarle que permaneciera en el cargo, aún después de aceptada su renuncia, fue que en ese momento estaban por implementarse las salas de cirugía y de partos proyectos que habían sido concebido y liderados por él (fl. 12).

Contra la Resolución No. 001115 de 2000 el interesado interpuso, por conducto de apoderado, recurso de reposición sustentado en las razones que a continuación transcribe, en lo pertinente, la Sala:

“Conforme el Decreto 1950 del 24 de septiembre de 1973, en su artículo 126 exige que previo a la declaratoria de vacancia de un empleo se hace necesario comprobar el abandono del cargo, y cuando el mismo se produce sin justa causa, lo dice el citado artículo, esto quiere decir, que la empresa social del estado debió comprobar el abandono el cual conforme al artículo 127 la autoridad nominadora podrá declarar la vacancia en el empleo, esto para probar que la Empresa Social del Estado no cumplió con lo preceptuado en el artículo 126 y siguientes del Decreto 1950 del 73, pues no comprobó en ningún momento el abandono y mucho menos tuvo en cuenta las razones de justa causa que el ejecutivo Barboseño le envió el día 11 de octubre de 2000, informándole: que era necesario por razones de extrema urgencia: colaborar el tiempo posible para la entrega y recepción de la Empresa Social del Estado.... como también para la coordinación de las actividades que se venía ejecutando.”.

La Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Ramón González Valencia mediante Resolución No. 000307 de 30 de abril de 2001 decretó la práctica de unas pruebas, con el objeto de resolver el recurso de reposición interpuesto por el demandante en contra de la Resolución No. 001115 de 19 de diciembre de 2000. Con los siguientes argumentos (fls. 114 a 115):

“(...) Que el funcionario desvinculado a través de la declaratoria de vacancia, interpone el recurso de reposición en contra de la resolución que se menciona en el encabezamiento del presente acto administrativo, sustentando dicho recurso bajo la consideración general de que sus responsabilidades como Gerente de la Empresa Social del estado Integrado San Bernardo del municipio de Barbosa, solo cesaron en la fecha ene que se hizo presente a la Gerencia de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Ramón González Valencia para manifestar su disposición de reintegro a las labores luego de terminada la comisión.

Analizado el documento que se cita anteriormente, se encuentra que si bien es cierto que se halla fechado del 28 del mes de julio del año 2000, su presentación a la Gerencia sólo se dio el 18 de octubre del mismo año, es decir aproximadamente tres meses luego de su elaboración.

No tiene entonces la gerencia elementos de juicio ni material probatorio que le permita en este momento, calificar objetiva y subjetivamente las razones que aduce el recurrente y frente a su no reincorporación inmediata luego de finalizada la comisión que se le había conferido (...).

El recurso fue resuelto mediante la Resolución No. 000691 de 10 de agosto de 2001, confirmando en todas sus partes el acto administrativo recurrido. En la parte motiva del acto, se expresó (fls. 35 a 36):

“Que las razones invocadas como fundamento del recurso de reposición interpuesto y las pruebas recaudadas no desvirtúan las razones legales que sirven de soporte a la declaratoria de vacancia en el cargo, proferida por la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Ramón González Valencia”

ANÁLISIS DE LA SALA

EL ABANDONO DEL CARGO COMO CAUSAL AUTÓNOMA DE RETIRO DEL SERVICIO

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

Con posterioridad, la Sección Segunda, Subsección A, señaló que a partir de la expedición del Código Único Disciplinario (Ley 200 de 28 julio de 1995) “el abandono injustificado del cargo o del servicio” era considerado claramente por el

legislador como una falta disciplinaria gravísima¹. Significaba, entonces, que las autoridades estarían en la obligación de adelantar un proceso disciplinario con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho de audiencia y defensa, conforme a las leyes sustantivas y procesales preexistentes a la falta cometida, en los términos establecidos en los artículos 29 de la Constitución Política, y 1º. y siguientes de la Ley 200 de 1995.

El anterior planteamiento fue recogido por la Sala Plena de la Sección Segunda, con el fin de unificar la jurisprudencia en sentencia de 22 de septiembre de 2005², en la que se precisó:

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

...

El abandono del cargo, debidamente comprobado, es una de las formas de la cesación de funciones o retiro del servicio, que puede ser objeto de sanción, si se dan los supuestos para que se produzca la falta gravísima a que aluden las normas disciplinarias, tanto la ley 200 de 1995, como la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, precepto este último que igualmente la consagra como falta gravísima.

...

Como se lee en todas las precitadas normas tanto para los funcionarios de libre nombramiento como para los de carrera, la declaratoria de vacancia por abandono del cargo no señala condicionamiento alguno de culpabilidad, pues sólo basta que este ocurra, en los términos del artículo 126 del decreto 1950 de 1973, para que la administración pueda proveer el servicio, designando a la persona que va a ocupar el lugar del funcionario que sin mediar causa hace dejación de su empleo. Es una previsión que sin duda favorece a la administración no al administrado y que tiene su explicación en el fin de interés general que anima el servicio público, el cual no puede suspenderse por el abandono que haga un funcionario de sus deberes, en los términos del artículo 126 del decreto 1950 de 1973. Recapitulando tenemos que la vacancia del cargo por abandono es una de las formas establecidas en la ley para la cesación de funciones o retiro del servicio público. Se presenta -conforme lo señala el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973- en cuatro casos, el segundo de los cuales ocurre cuando un

¹ Sentencias del 21 de junio de 2001. Exp. 533-00 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. Actor: Gustavo Adolfo Betancur Cataño y del 18 de noviembre de 2004. Exp. 5620-03. M.P. Ana Margarita Olaya Forero, actor: Jesús Antonio Hernández Sánchez, entre otras.

² REF: . 110010325000200300244-01(2103-03) ACTOR: CRISTINA LARA CASTRO M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

empleado sin justa causa: "Deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos".

Esta declaratoria de vacancia de un cargo no exige el adelantamiento de proceso disciplinario; basta que se compruebe tal circunstancia para proceder en la forma ordenada por la ley. Es decir, que ésta opera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la administración al respecto es meramente declarativo. Pero adicionalmente a la comprobación física de que el empleado ha dejado de concurrir por tres (3) días consecutivos al trabajo, la ley exige que no se haya acreditado justa causa para tal ausencia, obviamente estimada en términos razonables por la entidad en la que presta sus servicios. Si la justa causa se comprueba con posterioridad, el acto debe revocarse" (Resalta la Sala).

Acogiendo el precedente judicial, se tiene que, el abandono del cargo comporta efectos autónomos distintos, pues, verificado el hecho, sin que se evidencie causa razonable que justifique la ausencia por parte del empleado, la administración, de manera autónoma, sin perjuicio de la potestad sancionatoria, puede disponer el retiro definitivo del servicio por declaratoria de vacancia del cargo. Así entonces, un mismo comportamiento puede implicar consecuencias negativas distintas para un servidor público.

El artículo 37 de la Ley 443 de 1998³ (vigente para la fecha de expedición del acto), preveía dentro de las causales de retiro del servicio de los empleados de carrera, en su literal g), la "*declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo*"⁴.

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, mantuvo la misma línea al señalar en el literal i), que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, puede producirse "*Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo*".

El literal i) del artículo 41 mencionado, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189 de 2005⁵, en el entendido que para

³ Derogada por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004.

⁴ El pronunciamiento sobre la constitucionalidad de esta disposición tuvo lugar en la sentencia C-088 de 2002. La Corte declaró la exequibilidad de la disposición acusada, bajo la consideración de que es perfectamente viable y no contraviene la prohibición constitucional del doble enjuiciamiento que dentro del ordenamiento jurídico colombiano coexistan consecuencias negativas tanto en el régimen disciplinario como en el de carrera administrativa para aquel servidor público que abandone injustificadamente su empleo.

⁵ Magistrado Ponente: Dr. Humberto Sierra Porto.

aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.

La declaratoria de vacancia del empleo por abandono del cargo, constituye una herramienta de la cual puede disponer la administración, para a su vez, designar el reemplazo del funcionario que de manera injustificada ha hecho dejación del cargo y así evitar traumatismos en la prestación del servicio.

De otra parte, además del efecto negativo que implica para el servidor público la decisión que dispone su retiro definitivo del servicio, debe decirse que, en tanto que la conducta de abandono del cargo está consagrada en el Código Disciplinario Único como una falta gravísima.", corresponderá a la autoridad competente establecer la responsabilidad disciplinaria del servidor.

EL CASO CONCRETO

En el presente caso, con fundamento en lo previsto en el artículo 126⁶ del Decreto 1950 de 1973, el Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia de Bucaramanga, declaró mediante el acto administrativo acusado, vacante el empleo de Enfermero, código 3200, que desempeñaba el señor Hernando Cortés Torres en la citada institución asistencial, por haberse configurado el abandono del cargo.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 126 y 127 del Decreto 1950 de 1973, en los eventos en que se presente la ausencia de un servidor al trabajo por no reasumir sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones o comisión, deberá adelantar un procedimiento breve y sumario en orden a comprobar la ocurrencia de la omisión y proceder a declarar la vacancia del

⁶ ARTICULO 126. "El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:

...

1. No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar.

empleo, sin perjuicio de que el empleado pueda allegar oportunamente las pruebas que justifiquen su ausencia.

De la actuación administrativa reseñada en el acápite de hechos probados se desprende, que el acto que dispuso el retiro definitivo del servicio por abandono del cargo, fue expedido, sin que mediara un procedimiento legal que le hubiera permitido al señor Hernando Cortés Torres ejercer sus derechos de defensa y contradicción.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 del C.C.A⁷., a la administración le asistía el deber de comunicar al demandante, la existencia de una actuación administrativa y el objeto de la misma.

El artículo 29 de la C.P., consagra el derecho fundamental al debido proceso en toda clase de actuaciones judiciales y **administrativas**.

Conforme a lo previsto en el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, el abandono del cargo, como causal autónoma de retiro definitivo del servicio (conc. Art. 37 Ley 443 de 1998), se produce cuando un empleado sin justa causa, entre otras razones “*No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión*”, como en efecto ocurrió en el presente caso, en el que el demandante no reasumió sus funciones como Enfermero, código 3200 de la E.S.E. Ramón González Valencia.

El Artículo 127^o ibídem, señala que: “Comprobado cualquiera de los hechos de que trata el artículo anterior, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo, **previos los procedimientos legales**.”.

Los procedimientos legales a los que hace mención la norma, no son otros que los previstos para esta clase de actuaciones administrativas, de conformidad con los artículos 2^o., 28, 34 y 35 del C.C.A.

La decisión administrativa mediante la cual se declara la vacancia del empleo, es un acto que involucra derechos del particular afectado, y en este orden, la administración debe garantizar la efectividad de los mismos y conceder la

⁷ Reza el texto de la norma: “Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.”.

oportunidad de ejercer el derecho de contradicción y de defensa, **previo** a la expedición del acto. Así se desprende del artículo 35 ídem, en cuyo tenor se establece:

“Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

(...).”

En este orden de ideas, si bien, el acto administrativo acusado fue expedido con fundamento en lo previsto en el artículo 37 de la Ley 443 de 1998⁸, que preveía dentro de las causales de retiro del servicio de los empleados de carrera, en su literal g), la “*declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo*”, dicha facultad no podía ser ejercida sin el respeto a la totalidad de las garantías propias del debido proceso, so pena de incurrir la administración en una actuación típicamente arbitraria.

Como quiera entonces que, la decisión de retiro del servicio por la causa ya señalada, conllevaba para la parte actora una consecuencia negativa y adversa a sus intereses, la administración debió garantizar el debido proceso, previa la expedición del acto.

En el caso concreto, dicha garantía no se respetó en la medida en que de acuerdo con la motivación del acto y los antecedentes que dieron origen a su expedición, para la administración resultó suficiente el hecho objetivo de la inasistencia del demandante desde el 28 de julio de 2000, sin que se adelantara un procedimiento previo, breve y sumario en orden a comprobar las circunstancias en las que se produjo la dejación del empleo, para permitirle de esta manera al interesado, ejercer su derecho de defensa al otorgársele la oportunidad de ser oído, aportar pruebas y controvertir las que le resultaran adversas.

Sobre este particular observa la Sala que, la única actuación que adelantó la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia de Bucaramanga

⁸ Derogada por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004.

tendiente a considerar las razones que aduce el señor Hernando Cortés Torres como justificación a su no incorporación en las labores como enfermero, en la citada institución asistencial, una vez presentó renuncia al cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Integrado San Bernardo, fue la Resolución No. 000307 de 30 de abril de 2001, mediante la cual decretó la practica de una serie de pruebas dentro del trámite del recurso de reposición interpuesto por el actor en contra de la Resolución No. 000151 de 28 de julio de 2000.

En efecto, sólo con ocasión de la interposición del citado recurso, 30 de abril de 2001, esto es, con posterioridad al momento en el cual se declaró la vacancia del cargo del actor, 28 de julio de 2000, la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia de Bucaramanga señaló que no contaba con los elementos de juicio para analizar las razones expuesta por el señor Hernando Cortés Torres para no haberse reintegrado a su cargo. Así se observa en el No. 5 de la Resolución No. 000307 de 30 de abril de 2001:

“(...) No tiene entonces la gerencia elementos de juicio ni material probatorio que le permita en este momento, calificar objetiva y subjetivamente las razones que aduce el recurrente y frente a su no reincorporación inmediata luego de finalizada la comisión que se le había conferido (...).” (fls. 114 a 115).

Para la Sala resulta reprochable, que la administración sólo y luego de expedido el acto administrativo que declaró la vacancia por abandono del cargo, decisión que comporta una grave afectación a la situación laboral del actor, hubiera manifestado expresamente que carecía de elementos de juicio para valorar la justificación expresada por el administrado.

Bajo estos supuestos, la administración debió garantizar plenamente el derecho de defensa, de tal forma que, luego de permitirle al empleado que acreditara las razones por las que no reasumió sus funciones una vez finalizada la licencia, procediera a calificar si resultaba razonable o no la justificación que presentaba, pues conforme a lo previsto en el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, el abandono del cargo se produce, cuando concurre en el empleado la causal sin justa causa.

La garantía constitucional al debido proceso en la actuación administrativa que culminó con la expedición del acto que declaró vacante el empleo que ocupaba el demandante, a juicio de la Sala, no se entiende cumplida con la posibilidad de cuestionar la validez de la decisión a través del recurso de reposición interpuesto. El control de legalidad del acto administrativo, a través de los recursos de la vía gubernativa y las acciones ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, constituye una garantía posterior, la cual parte del supuesto de que al interesado se le ha permitido ejercer su derecho de defensa en los términos previstos en el artículo 35 del C.C.A.

Por eso, en el caso concreto, los recursos agotados por la parte interesada en vía gubernativa, resultan insuficientes para salvaguardar el debido proceso, pues dada la gravedad de las consecuencias que se desprenden de la declaratoria de vacancia del empleo, resultaba absolutamente indispensable que el señor Hernando Cortés Torres contara con las garantías del debido proceso (defensa y contradicción), **previo** a la expedición del acto administrativo de retiro del servicio.

Bajo las anteriores consideraciones, los actos administrativos de desvinculación son nulos, al haber sido expedidos con desconocimiento de los derechos de contradicción y defensa del empleado afectado.

Sobre el particular reitera la Sala la jurisprudencia constitucional, en el sentido de que las garantías propias del debido proceso deben tener aplicación en todos los juicios y en las actuaciones administrativas por mandato de la Carta Fundamental y de los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las razones expresadas resultan suficientes para REVOCAR la sentencia recurrida, sin necesidad de abordar los restantes motivos de inconformidad expresados por la parte demandada en el recurso de apelación, toda vez que, para la Sala resulta incontrovertible la ilegalidad del acto de retiro del servicio por declaratoria de vacancia del cargo por abandono del mismo, sin haberse adelantado previamente un procedimiento breve y sumario en orden a comprobar las circunstancias en las que se produjo la dejación del empleo.

Al liquidar las sumas dinerarias, producto de las condenas, en favor del demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 14 de marzo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que negó las súplicas de la demanda formulada por HERNANDO CORTÉS TORRES contra la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Ramón González Valencia.

En su lugar se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 001115 de 19 de diciembre de 2000 y 000691 de 10 de agosto de 2001, por medio de las cuales el Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia de Bucaramanga declaró vacante el empleo de Enfermero, código 3200, que venía desempeñando el señor Hernando Cortés Torres, y se confirmó la decisión adoptada, respectivamente.

ORDÉNASE a la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia de Bucaramanga reintegrar al señor Hernando Cortés Torres al empleo que venía desempeñando con anterioridad a la declaratoria de abandono del mismo.

CONDÉNASE a la Empresa Social del Estado Hospital Ramón González Valencia de Bucaramanga al pago de todas las prestaciones sociales dejadas de percibir por el actor desde la declaratoria de vacancia del cargo que venía desempeñando hasta la ejecutoria de esta sentencia, sin que exista solución de continuidad.

ORDÉNASE que las sumas que resulten a cargo de la parte demandada por concepto de salarios y prestaciones sociales ordenadas, serán reconocidas dentro del término establecido en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y devengarán intereses en la forma prevista en el artículo 177 ibídem.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

