



Sentencia 4229 de 2011 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

BOGOTÁ, D.C., MARZO TRES (03) DE DOS MIL ONCE (2011)

EXPEDIENTE N° 050012331000200404229 01 (2003-2009)

AUTORIDADES MUNICIPALES

ACTOR: FARID DÍAZ QUEJADA

DDO: HOSPITAL ATRATO MEDIO ANTIOQUEÑO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor FARID DÍAZ QUEJADA contra la sentencia proferida el 22 de mayo de 2009 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala cuarta de decisión que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el demandante solicitó al Tribunal que se declarara la nulidad del Decreto N° 004 de enero de 2004, proferido por el Alcalde Municipal de Vigía del Fuerte -Antioquia-, que lo declaró insubsistente del cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Atrato Medio Antioqueño.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene el reintegro al cargo que desempeñaba o a uno de mejor categoría, declarando que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios, desde cuando fue desvinculado hasta la fecha en que efectivamente sea reintegrado. Además, que se hagan las cotizaciones y aportes al sistema de seguridad social, se paguen los salarios y prestaciones sociales con sus respectivos aumentos. Que las sumas resultantes se indexen de acuerdo al índice de precios al consumidor y que se condene al demandado en costas y agencias en derecho.

Como fundamentos de hecho, manifestó que se vinculó al Hospital Atrato Medio Antioqueño de Vigía del Fuerte mediante Decreto 0009 de 23 de octubre de 2003, en el cargo de Gerente de dicha institución.

Que fue declarado insubsistente el día 09 de enero de 2004 mediante Decreto 004, con el argumento de un supuesto abandono del cargo que nunca existió.

Señala, que las afirmaciones esgrimidas por la Administración Municipal son falsas y desconocedoras de la realidad, porque el demandante por esos días se encontraba realizando gestiones en la ciudad de Medellín en diferentes entidades públicas y privadas con el único fin de mejorar el servicio del hospital.

Afirma, que no es cierto que se haya ausentado el 24 de diciembre, pues en esa época se encontraba laborando como era su costumbre. Sin embargo, el día 26 de diciembre salió de comisión oficial hasta el 04 de enero de 2004, con el objeto de mejorar la prestación del servicio de salud para el Municipio. Por ello visitó la sección de informática de la Dirección Seccional de Salud; Coomeva; la Universidad de Antioquia y varios proveedores. Aseguró, que en sus ausencias siempre dejaba una persona a cargo con la cual se comunicaba telefónicamente.

Manifestó que en la declaratoria de vacancia por abandono de cargo, debe respetarse el derecho de defensa y audiencia de que trata la Ley 58 de 1992, lo cual no se hizo con el actor violándole su debido proceso.

Agrega, que la falta que se le imputó no está contemplada como causal de destitución y tampoco se le inició proceso disciplinario alguno. En tratándose de gerentes de la E.S.E. la Ley 100 de 1993, en su artículo 192 determina las causales de remoción y el no incurrió en ninguna.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Citó como transgredidos por el acto atacado el preámbulo y los artículos 2, 25, 29, 39, 51, 53, 55, 125, y 209 de la Constitución Nacional; Ley 10 de 1990; artículos 192, 194 y siguientes de la Ley 100 de 1993; artículos 5 y siguientes del Decreto 1876 de 1994, artículo 3 y siguientes del Decreto 139 de 1996; Decreto 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

Sustentó como cargos: la desviación de poder y expedición irregular, debido a que se está frente a un abuso de poder por parte del Alcalde Municipal de Vigía del Fuerte.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El ente demandado no contestó la demanda.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia en un ligero análisis negó las pretensiones de la demanda. Argumentó que no demostró la causal de desviación de poder alegada, que el demandante no se encontraba inscrito en carrera administrativa lo que significa que podía ser separado del cargo por la autoridad nominadora que cuenta con la discrecionalidad de la ley para nombrar y remover libremente al personal subalterno.

Negó la condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante recurre la Sentencia de primera instancia para que se revoque y en su lugar, se acceda a las pretensiones. Sustenta la alzada en el siguiente análisis:

En primer lugar, no es cierto que el señor Farid Díaz Quejada sea un funcionario de libre nombramiento y remoción. El demandante fue vinculado mediante un concurso y si bien el nominador es el Alcalde debe tener autorización de la Junta Directiva del Hospital para desvincularlo por abandono del cargo.

En segundo lugar, la causal de insubsistencia fue el abandono del cargo, sin embargo, nunca se le concedió la oportunidad de defenderse, no hubo debido proceso, se actuó en contra del procedimiento establecido por el artículo 192 de la Ley 100 de 1993.

En tercer lugar, considera que por lo menos se debió seguir un proceso disciplinario que respetara el debido proceso y la legítima defensa, lo que demuestra que los fines del alcalde no eran otros que desvincular a demandante.

Finalmente, asevera que el Tribunal no estudió de fondo el asunto, ni el caudal probatorio y se limitó solo a regañar al apoderado por que consideró que había abandonado el proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La entidad demandada consideró que debe confirmarse la sentencia de primera instancia por las siguientes razones:

El Decreto Reglamentario 1950 de 1973 permite la terminación de la relación laboral por abandono del cargo, sin que sea necesario adelantar un proceso disciplinario, pues es suficiente que se demuestre la vacancia del actor y que éste no justificara su ausencia.

Por otro lado, considera que el demandante yerra al manifestar que el alcalde no tenía competencia para declararlo insubsistente, dado que dentro de las funciones de la Junta Directiva señaladas en el Decreto 1876 de 1994, artículo 11, no se encuentra la de remover al Gerente de la E.S.E. Para la época de los hechos se encontraba vigente el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, que le permitía al jefe de la entidad territorial nombrar y remover al Gerente.

Considera a su vez, que no existió violación al debido proceso porque el acto se presume válido conforme a lo establecido en el artículo 66 del C.C.A. y por tanto le corresponde al actor probar la desviación de poder y justificar su ausencia como lo establece el Decreto 1950 de 1973, artículo 126. Señala, que por demás en varias oportunidades se le había prevenido en forma verbal y escrita y que no interpuso los recursos para que la administración revisara su decisión, por tanto se mantiene su legalidad.

Finalmente, afirma que las pruebas allegadas no justifican las ausencias y las aportadas no son idóneas. Respecto del encargo a que hace referencia el demandante, manifiesta que no cumple con los requisitos legales señalados para tal efecto, como es la comunicación al funcionario encargado, las facultades precisas, etc.

Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría Segunda Delegada ante esta Corporación solicitó se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las pretensiones.

Fundó su concepto en que la entidad no surtió la actuación administrativa correspondiente y ello constituye una clara violación al debido proceso administrativo. Afirma, que era esa la oportunidad para evaluar las razones de su ausencia y no dentro de la presente causa.

Al no encontrar causal que invalide lo actuado se procede a decir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se debate en esta litis la nulidad del Decreto N° 004 de enero 09 de 2004, proferido por el Alcalde Municipal de Vigía del Fuerte -Antioquia- que declaró insubsistente al señor Farid Díaz Quejada como consecuencia del abandono del cargo como Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Atrato Medio Antioqueño.

Problema jurídico

Se concreta en definir la legalidad de la insubsistencia del actor tras motivar el acto demandado en la causal de abandono del cargo.

Para resolverlo considera la Sala necesario, en primer lugar, analizar la figura del abandono del cargo para definir la competencia y el procedimiento para proferir el acto de insubsistencia y en segundo lugar, el caso concreto.

El abandono del cargo

La figura del abandono del cargo o del servicio implica la dejación voluntaria definitiva y no transitoria de los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el servidor público. *“En consecuencia, dicho abandono se puede presentar, bien porque se renuncia al ejercicio de las labores o funciones propias del cargo, con la necesaria afectación de la continuidad del servicio administrativo, o bien porque se deserta materialmente del cargo al ausentarse el servidor del sitio de trabajo y no regresar a él para cumplir con las labores asignadas, propias del cargo o del servicio”*. Tiene como característica esencial que el abandono debe ser injustificado, vale decir, que no exista una razón suficiente para comprobar la inasistencia.

Esta causal tiene un efecto bifronte: *como causal autónoma administrativa de retiro del servicio*, para los empleados de carrera y de libre nombramiento y remoción, de periodo y en general para los servidores públicos y *como falta disciplinaria*, calificada como gravísima, para los mismos sujetos pasivos.

Los antecedentes normativos que la consagran como causal autónoma de retiro del servicio son los que a continuación se recuerdan:

EL ARTÍCULO 25 DEL DECRETO LEY 2400 DE 1968, que fue modificado por el Decreto Ley 3074 del mismo año, dispuso lo siguiente:

“La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaración de insubsistencia del nombramiento;*
- b) Por renuncia regularmente aceptada;*
- c) Por supresión del empleo;*
- d) Por retiro con derecho a jubilación;*
- e) Por invalidez absoluta;*
- f) Por edad;*
- g) Por destitución y*
- h) Por abandono del cargo”*.

Posteriormente fue expedido el Decreto 1950 de 1973, mediante el cual se reglamentaron los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y se dictaron otras normas sobre administración del personal civil de la Rama Ejecutiva. El Gobierno, entre otros temas, se ocupó de la vacancia de los empleos, dentro de cuyas causales de declaratoria, figura, de nuevo, el abandono del cargo (Art. 22, lit.10)

EL ARTÍCULO 126 DEL DECRETO 1950, puntualiza las causales del abandono del cargo en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 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.*
- 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, y*

4. *Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de remplazarlo”.*

Así mismo, los artículos 127 y 128 estipulan que una vez comprobada la ocurrencia de alguna de las hipótesis de hecho referidas, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo. Y, por otro lado, que si por el abandono del cargo se perjudicara el servicio, el empleado también se hará acreedor a las sanciones disciplinarias y a la responsabilidad civil o penal a que haya lugar.

Esta figura se ha conservado en los mismos términos normativos en las leyes que han gobernado el sistema de carrera (ley 27 de 1992 - art. 7; Ley 443 - art. 37 y Ley 909 de 2004-art.41).

De otra parte, como se anunció al inicio del acápite, dado su doble efecto, la causal autónoma no excluye ni hace inviable el proceso disciplinario, antes bien, la autoridad competente debe iniciar tal investigación, a fin de que dentro de la misma se establezca la responsabilidad disciplinaria del servidor, en tanto que la conducta de abandono injustificado del cargo, función o servicio ha sido consagrada no solo en el actual Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002, artículo 48 numeral 55), sino en el anterior (Ley 200 de 1995 numeral 8 del artículo 25) como una falta gravísima.

Las normas disciplinarias y las de carrera administrativa que contemplan sanciones por la causal reiteradamente citada, han sido objeto de estudio de constitucionalidad¹¹, dado que los demandantes consideraron que la legislación dual violaba el principio *non bis in idem*, sin embargo, la Corte calificó como constitucional la existencia en esas condiciones del abandono del cargo a partir de su disímil origen así:

“pues el régimen de carrera está fundado en el mérito y se centra en asegurar ante todo la eficacia y continuidad de la actividad estatal, mientras que los procesos disciplinarios protegen preferentemente la moralidad de la administración, y por ello se centran en verificar el cumplimiento de los deberes propios del cargo por los respectivos funcionarios. Por ello, nadie duda que el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionatorio, tal y como esta Corte lo ha destacado en múltiples oportunidades, mientras que el régimen de carrera no tiene una vocación de sanción sino de selección de los mejores servidores, y evaluación y control de su desempeño.”

Ahora bien, tanto como causal autónoma o como falta disciplinaria, la autoridad competente se encuentra en la obligación de respetar las garantías inherentes al debido proceso.

Como falta gravísima, a través de un proceso disciplinario que cumpla la ritualidad de un procedimiento conforme a la falta en que presuntamente se ha podido incurrir y que el CDU ha señalado para tal fin, con las debidas garantías procesales, entendiendo por ellas, el respeto por el debido proceso, el derecho de defensa, el principio de contradicción, etc.

Como causal autónoma se reitera, no tiene como pre-requisito el proceso disciplinario, *contrario sensu*, el ente tiene libertad de procedimiento pero no lo exime de la aplicación del debido proceso. El trámite puede ser breve y sumario, en donde se compruebe el abandono del funcionario por 3 días continuos de su trabajo. Esto se traduce en una oportunidad para que el afectado exponga los argumentos por los cuales se ausentó, lo soporte en pruebas y evidencias para que la entidad pueda valorar ciertamente la justa causa y comprobar indubitablemente los hechos. Una actuación diferente contraría lo dispuesto en el artículo 127 citado, que ordena que la vacancia se declare previo el cumplimiento de los procedimientos legales.

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 arrimarla 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 probatoria. De lo cual se sigue, lógicamente, que la insuficiencia de la prueba justificativa debe soportarla el empleado ausente en términos de vacancia del cargo¹².

En síntesis, sino se adelanta el procedimiento breve y sumario (Arts. 28 y 35 del C.C.A), y la entidad aplica de facto la desvinculación, viola del debido proceso que conduce inexorablemente a la nulidad del acto.

La decisión final corresponde como debe ser acorde con su competencia, al nominador.

Caso concreto

El señor Farid Díaz Quejada fue nombrado mediante Decreto 0009 de octubre 23 de 2003, por el alcalde de Vigía del Fuerte -Antioquia- como Gerente de la Empresa Social del Estado Atrato Medio Antioqueño -ESE HAMA-, nivel directivo, código 085, a partir del 23 de octubre de 2003, por un periodo de tres años (FL. 4-5).

Mediante Decreto 004 de enero 9 de 2004, fue declarado insubsistente por el Alcalde Municipal, argumentando abandono del cargo conforme a la siguiente motivación (FL. 2-3):

“Que el Señor FARID DÍAZ QUEJADA, Gerente de la empresa social del estado Hospital Atrato Medio Antioqueño -ESE H.A.M.A., reiteradamente se ha ausentado del municipio, sin solicitar comisiones y sin justificar sus repetidas ausencias del municipio, dejando abandonado su puesto de trabajo, que por su puesto va en detrimento de los intereses de la comunidad.

Que ya se le había comunicado en varias entidades en forma verbal, y por escrito el día 05 de enero de 2.004.

Que el día 24 de diciembre de 2003, abandonó su lugar de trabajo, dejando al Hospital carente de jefatura y coordinación.

Que el señor DÍAZ QUEJADA, no solicitó permiso, ni licencia, por lo tanto, se entiende que se ha configurado ABANDONO DE CARGO.

(...)

La decisión del alcalde fue de plano, con arrogancia y arbitrariedad, no hubo un trámite administrativo que le permitiera al inculpado allegar las justificaciones o pruebas tendientes a demostrar su inasistencia, ni el acto de insubsistencia le concedió la oportunidad de los recursos lo que *per se* conduce a la declaratoria de nulidad del acto demandado y al consecuente restablecimiento.

Como resultado de la invalidez jurídica a la que fue postrado el actor, acudió al Juez Administrativo en busca de justicia y legalidad y allegó al proceso ordinario para demostrar el cumplimiento de su función y desvirtuar la causal invocada para la declaratoria de insubsistencia, varias resoluciones que dan cuenta de las comisiones y viáticos que le fueron cancelados y que en su sentir justifican las fechas en que no estuvo al frente de la entidad (fls. 6,7,8, 10, 12, 13)

También acerca diversas constancias expedidas por proveedores (fls. 15-17); por el contador de la E.S.E. Hospital Atrato Medio Antioqueño de Vigía del Fuerte, sobre actividades desarrolladas el 6 y 7 de enero de 2004 (fl. 18).

Oficio de encargo de la Gerencia de la E.S.E. H.A.M.A. al señor Alberto Aristizabal (fl. 20)

Certificación sobre el tiempo de servicio y último salario devengado (fl. 11)

Sin embargo, no es a esta Jurisdicción a quien atañe valorar las pruebas aportadas por el actor, para demostrar si sus ausencias estuvieron o no justificadas; es decir, la acción de nulidad y restablecimiento no es una tercera instancia. La jurisdicción en línea de principio, tiene el control que le corresponde sobre los actos de la administración para evaluar si mantienen su presunción de legalidad, o si con su expedición se incurrió en una de las causales determinadas en el artículo 84 del C.C.A. Así mismo, controla si la decisión administrativa va en contravía de los principios constitucionales, o si existió violación flagrante del debido proceso, o, si la apreciación de las pruebas que hizo la administración resulta ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad.

Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, confiado constitucionalmente a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate.

En el caso de autos, salta a la vista como se evidencio a lo largo de esta providencia que el Alcalde del Municipio de Vigía del Fuerte, incurrió en una causal de nulidad al violar el debido proceso, lo que conlleva a la revocatoria de la decisión de primera instancia, para declarar la nulidad del acto demandado y ordenar el restablecimiento que corresponde dado que era un funcionario de periodo como se pasa a señalar.

Del restablecimiento del derecho

El señor Farid Díaz Quejada fue nombrado por un periodo de 3 años como Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Atrato Medio Antioqueño .E.S.E H.A.M.A, a partir del 23 de octubre de 2003 fecha en la cual se posesionó, por consiguiente su mandato iba hasta el 22 de octubre de 2006. La insubsistencia se produjo el 9 de enero de 2004, lo que significa, que le faltaban más de dos años de tiempo para concluirlo, por tanto, el restablecimiento consistirá no en el reintegro, dado que el periodo esta vencido, sino en el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir durante el tiempo faltante, incluidos los aumentos que el salario del Gerente de la E.S.E haya obtenido, sin solución de continuidad para efectos de salud y pensión durante el periodo señalado. Las sumas sobre pensión y salud serán proporcionalmente aportadas por la entidad y el actor a quien se le descontará la suma pertinente del valor de la condena, para que la entidad lo gire directamente a las empresas a las cuales se encontraba afiliado el demandante.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del accionante, 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 A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia de 22 de mayo de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por FARID DÍAZ QUEJADA contra la E.S.E. HOSPITAL ATRATO MEDIO ANTIOQUEÑO.

En su lugar dispone,

PRIMERO.- DECLÁRASE la nulidad del Decreto 004 de enero 9 de 2004, que declaró insubsistente al señor Farid Díaz Quejada por abandono del cargo como Gerente del Hospital Atrato Medio Antioqueño.

SEGUNDO.- CONDÉNASE a la E.S.E. HOSPITAL ATRATO MEDIO ANTIOQUEÑO, a título de restablecimiento del derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el 9 de enero de 2004 hasta el 22 de octubre de 2006, a favor de Farid Díaz Quejada conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- CONDÉNASE a la Entidad Demandada a pagar al demandante los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo señalado, haciendo los descuentos pertinentes al actor, conforme quedó expuesto. Dichas sumas deberán ser indexadas de acuerdo a la fórmula señalada.

CUARTO.- NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EL ANTERIOR PROYECTO FUE LÍIDO Y APROBADO POR LA SALA EN SESIÓN CELEBRADA EN LA FECHA.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

^[i] C- 769 de 1998, a través de la cual se hizo el estudio de constitucionalidad del # 8 del artículo 25 de la Ley 200 de 1995

^[ii] Entre otras, C- 769- 98, C-088- 02, 1189-05

^[iii] Sentencia de marzo 4 de 1999, M.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 16:48:09