

DESIGNACION DE ALCALDE EN ENCARGO - Competencia del Gobernador en caso de suspensión del titular

El Gobernador tiene las facultades expresas para designar Alcalde en casos de suspensión, el cual es elegido de terna enviada por el mismo movimiento político al que pertenezca el Alcalde titular; por lo tanto, el nombramiento que se realizó de manera provisional al demandante se ajusta a lo preceptuado en las disposiciones legales y constitucionales previamente referenciadas; por consiguiente, si bien es cierto que el actor se encontraba disfrutando de sus vacaciones, también lo es, que por acto administrativo de autoridad competente se asignó de manera provisional al actor, para desempeñar las funciones propias de Alcalde por el término de 3 días, atendiendo a las necesidades propias del servicio; por tal motivo, no hay lugar a objeción en la designación.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 105 / LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 106 / DECRETO 2400 DE 1968 – ARTICULO 23 / DECRETO 1050 DE 1973 – ARTICULO 34 / DECRETO 1050 DE 1973 – ARTICULO 35 / DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 126 / DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 127

NOTA DE RELATORIA: Sobre la competencia del Gobernador para designar al Alcalde en caso de suspensión, Consejo de Estado, Sala de Consulta, concepto de 10 de octubre de 2002, M.P., Cesar Hoyos Salazar

VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO – Empleado en Vacaciones / VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO – Aceptación del cargo de Alcalde Municipal en encargo / VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO - Su declaración debe estar precedida de un procedimiento breve y sumario / VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO - Presupuestos

Se puede establecer que en los eventos en que se presente la ausencia de un servidor al trabajo durante tres días consecutivos, entre otras razones, el nominador deberá adelantar un procedimiento breve y sumario en orden a comprobar la ocurrencia de la omisión y proceder a declarar la vacancia del empleo, sin perjuicio de que el empleado pueda allegar oportunamente las pruebas que justifiquen su ausencia. En este orden de ideas, al empleado le incumbe la carga de la prueba, sin perjuicio del procedimiento breve y sumario que debe adelantar el nominador, porque nada indica que éste deba relevar al inculpado de la carga probatoria. Es apenas lógico que la insuficiencia de la prueba justificativa deba soportarla el empleado ausente. Empero, no se evidencia dentro del plenario que haya existido dicho procedimiento, con el fin de verificar las razones de la ausencia del demandante; ahora bien no se puede olvidar que éste se encontraba disfrutando de sus vacaciones y que también estaba cumpliendo con una designación realizada por el Gobernador, circunstancias que imposibilitan la adecuación por parte del actor a las situaciones fácticas señaladas anteriormente. Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra Sala que de la simple lectura del acto administrativo que declaró la vacancia del cargo, se puede derivar claramente que no se presentó ninguno de los supuestos para que se configure dicha vacancia, pues el argumento que utilizó el mandatario local para declararla fue que el actor al posesionarse como Alcalde Municipal de Dagua, “expresamente renunció al cargo que desempeñaba como Jefe de Grupo” sin que éste sea un argumento válido para su configuración.

VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO - Desviación de poder

El sentir de la Sala frente a la decisión tomada por el Alcalde, al declarar la vacancia del cargo ocupado por el actor, tiende a inclinarse por una presunta desviación de poder, por cuanto se alcanza a evidenciar que su decisión estuvo motivada por haberse expedido el Decreto 071 de 29 de agosto de 2003, suscrito por el Alcalde encargado, el cual congeló la incorporación a la planta administrativa como medida tendiente a garantizar la transparencia en los comicios electorales del 25 de octubre de 2003, prueba de ello, es que al momento de ser reintegrado el Alcalde titular, suscribió los Decretos Nos. 072 y 073 de 2003, los cuales hacen referencia a la derogación en su totalidad del Decreto 071 y a la declaración de la vacancia del cargo de Jefe de Grupo, respectivamente; por lo tanto, no son las razones del buen servicio las que infundan esta medida, pues dentro del proveído ni siquiera se alega este tipo de fundamentos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D. C., doce (12) de agosto de dos mil diez (2010).

Radicación número: 76001-23-31-000-2003-03835-01(2165-09)

Actor: NORMAN OSWALDO RAMOS CAMACHO

Demandado: MUNICIPIO DE DAGUA – VALLE DEL CAUCA

AUTORIDADES MUNICIPALES-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de noviembre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por Norman Oswaldo Ramos Camacho contra el Municipio de Dagua (Valle del Cauca).

LA DEMANDA

NORMAN OSWALDO RAMOS CAMACHO en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo del Valle de Cauca, declarar la nulidad del siguiente acto administrativo:

- Decreto No. 073 del 1º de septiembre de 2003, en virtud del cual el Alcalde del Municipio de Dagua declaró la vacancia definitiva del cargo del demandante, como Jefe de Grupo en la Administración Municipal.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho solicitó:

- Reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría.
- Condenar al demandado al reconocimiento y pago de todos los salarios, primas de auxilio, bonificaciones y prestaciones legales y extralegales con sus respectivos aumentos hasta cuando sea efectivamente reintegrado al cargo.
- Declarar para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.
- Ordenar al demandado a no realizar descuento de suma alguna, con ocasión de lo que pudiere percibir el demandante durante el tiempo de retiro.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Como fundamento de la acción impetrada, expuso los siguientes hechos:

El actor se vinculó a la administración del Municipio de Dagua, el 4 de enero de 2001 en el cargo de Jefe de Grupo.

Los señores Zoraida Linares y José Emilio López, presentaron una Acción de Tutela en contra del Municipio de Dagua, representada por el entonces Alcalde, Wilmar González Cruz, la cual terminó por tutelarles los derechos a los accionantes; sin embargo, éste incumplió y como consecuencia del desarrollo al incidente de desacato, se determinó imponerle la sanción de arresto de 3 días y multa de un salario mínimo legal vigente, decisión que fue confirmada por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Cali.

En vista de lo anterior, el Gobernador del Valle del Cauca profirió el Decreto No. 0927 de 22 de agosto de 2003, por medio del cual se ordenó suspender del cargo al Alcalde y designó provisionalmente al actor como Alcalde encargado mientras duraba la suspensión del titular; seguidamente, y en uso de sus facultades el actor expidió el Decreto No. 071 de 29 de agosto de 2003, por el cual se congeló la planta de cargos del Municipio.

Una vez que el titular se incorporó, profirió los Decretos 072 y 073 del 1º de septiembre de 2003, mediante los cuales, con el primero, derogó el Decreto No. 071, el cual congelaba la incorporación de nuevos empleados a la planta de personal de la nómina del Municipio, y con el segundo, declaró la vacancia definitiva del cargo de Jefe de Grupo que venía desempeñando el demandante.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1, 6, 90 y 209.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 2 y 84.

El hecho que el Alcalde haya sido suspendido por 3 días y haber sido encargado el actor mientras se cumplía la sanción, no significa que el demandante se encontrara ocupando dos cargos simultáneamente, más aun sin siquiera percibir la diferencia salarial. Ahora bien, uno de los elementos de los actos administrativos es el motivo, es decir las circunstancias de hecho o de derecho que lleven a la administración a producir el acto. Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que el actor nunca presentó renuncia al cargo de Jefe de Grupo, y por ende, el acto demandado fue falsamente motivado.

Otra de las violaciones que se presenta en el caso, es la denominada desviación de poder, prueba de ello es que el Alcalde titular expidió el Decreto No 072 de 1º de septiembre de 2003, derogando el Decreto No 071 de 29 de agosto de 2003, acto administrativo que fue suscrito por el actor, y por el que se congeló la planta administrativa.

Así mismo, se presenta una extralimitación de funciones al declarar insubsistente al actor aduciendo motivos fuera de la realidad, buscando un fin diferente al recto ejercicio de las funciones públicas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, oponiéndose a las pretensiones del demandante, en los siguientes términos (Folios 62 a 70):

El actor se encontraba desempeñando el cargo de Jefe de Grupo correspondiente a los de libre nombramiento y remoción, según la estructura administrativa Municipal. Ahora bien, el demandante al momento de reemplazar al Alcalde de

manera provisional se encontraba disfrutando de sus dos periodos de vacaciones, las cuales le fueron reconocidas mediante Resolución No. 389 de 28 de junio de 2003.

Por lo anterior, es prohibido bajo el régimen laboral Colombiano que una persona ocupe simultáneamente dos cargos en la administración pública, por consiguiente, el actor al asumir el cargo de Alcalde (e) del Municipio de Dagua y mantener el empleo de Jefe de Grupo, estaría inmerso dentro de la anterior afirmación; de igual modo, y teniendo como marco de referencia el Acta de Posesión al cargo encomendado, se puede deducir que el actor renunció por escrito al empleo de Jefe de Grupo, además se evidencia que se presentó una vacancia del cargo al desempeñar el encargo.

En este orden de ideas, y siguiendo el lineamiento Constitucional, se afirma que el Alcalde titular actuó de manera adecuada, y por lo tanto, no incurrió en ninguna de las causales alegadas por el demandante.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, accedió a las pretensiones del demandante con fundamento en las siguientes consideraciones (Folios 109 a 124):

No se encuentra acreditado que el actor hubiese renunciado, al cargo que venía desempeñando como Jefe de Grupo, por lo cual, no resulta acertado señalar que al haberse posesionado como Alcalde encargado del Municipio de Dagua, mientras disfrutaba de sus vacaciones, haya renunciado al cargo antes mencionado.

En cuanto a lo relacionado con la simultaneidad del empleo público, el A – quo manifestó que no incurrió en la violación del artículo 128 de la Constitución Política, ya que no se presentó una doble asignación del tesoro público, más aun, si se tiene en cuenta la figura del encargo; por lo tanto, el demandante actuó conforme a la Ley.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la entidad demandada interpuso recurso de apelación contra el proveído anterior, bajo los siguientes argumentos (Folios 152 a 162):

Sostiene, que la administración Municipal actuó conforme a las facultades que le otorga la Constitución, y por ende, declaró la vacancia legal al cargo que venía desempeñando el demandante, ya que el nombramiento provisional fue hecho por otro nominador diferente al Alcalde titular sin que mediara acto administrativo para que suspendiera sus vacaciones.

De igual modo, al momento de asumir el actor los derechos y obligaciones como Alcalde encargado, contravino lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, el cual hace referencia a la prohibición de ocupar dos cargos en la administración pública de manera simultánea; así mismo, se presenta y de manera conjunta la vacancia y la renuncia al cargo que desempeñaba como Jefe de Grupo.

Por otra parte, en caso de fallarse en contra del Municipio, se deberá condenar solo al pago de la remuneración, ya que el cargo de Jefe de Grupo estuvo vigente hasta el 17 de marzo de 2005, fecha en que entró a regir el sistema de nomenclatura y clasificación de funciones y requisitos generales de los empleos en las entidades territoriales, que se encuentran regulados por la Ley 909 de 2004; la cual trajo como exigencia para ocupar un cargo de nivel ejecutivo tener como mínimo un título profesional, requerimiento tal que no se evidencia dentro de los antecedentes administrativos del demandante.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Intervino la Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitando confirmar el fallo de instancia, por las siguientes razones (Folios 169 a 174):

El Decreto No. 0927 de 22 de agosto de 2003, suscrito por el Gobernador, suspende al burgomaestre y le traslada sus funciones al actor, obedeciendo a las necesidades del servicio, en estos términos la interrupción de las vacaciones tiene una causa legal, y como consecuencia, no se le puede hacer ningún reproche del encargo a éste.

Un empleado puede asumir total o parcialmente las funciones de otro cargo por falta temporal o definitiva de su titular, hasta por un término de tres meses mediante la situación administrativa de “encargo”, luego no solo es posible sino que legalmente se ha establecido que un empleado siendo titular de un cargo desempeñe las funciones de otro. La posesión es un requisito para el ejercicio de

un cargo público, al igual que su nombramiento o elección; por ende, no se puede interpretar de forma subjetiva que la suscripción del acta de posesión de un empleo en “encargo” lleve implícita la renuncia expresa al cargo público que venía desempeñando.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si se encuentra ajustada a derecho, la decisión del Alcalde del Municipio de Dagua (Valle del Cauca), de declarar la vacancia definitiva del cargo de Jefe de Grupo, que venía desempeñado el demandante, por haber sido encargado de las funciones de Alcalde, encontrándose en uso de sus vacaciones.

Para lo anterior, precisa determinar la legalidad del Decreto No. 073 de 1º septiembre de 2003, proferido por el Alcalde del Municipio de Dagua (Valle del Cauca).

Análisis del asunto

La Sala abordará el tema sometido a consideración teniendo en cuenta: I) La competencia del Gobernador para designar al Alcalde encargado; II) De la vacancia del cargo; y III) De la renuncia.

Hechos probados

Como hechos probados dentro del proceso se resaltan los siguientes:

- Mediante Resolución No. 389 de julio 28 de 2003, el Alcalde del Municipio de Dagua (Valle del Cauca), concedió al actor 30 días de vacaciones a partir del 19 de agosto de 2003.
- Por medio del Decreto No. 0927 de 22 de agosto de 2003, el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, suspendió al Alcalde del Municipio de Dagua, señor Wilmar González Cruz, por el término de tres días, con el fin de hacer efectiva la sanción de arresto impuesta, de conformidad con las decisiones tomadas por el Juez Promiscuo Municipal de Dagua, por desacato a un fallo de Tutela el cual fue confirmado por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Cali; y en su lugar, designó de manera provisional al actor mientras duraba la suspensión del titular (Folio 6 y 7).

- El 27 de agosto de 2003, el actor tomó posesión del cargo para el que fue designado provisionalmente por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, ante el Notario Único del Círculo de Dagua (Folio 9).
- El actor actuando como Alcalde (E) expidió el Decreto No. 071 de 29 de agosto de 2003, por medio del cual congeló la incorporación de funcionarios a la planta de personal y prohibió toda clase de incorporación de personal administrativo y supernumerarios mediante cualquier otra modalidad de contratación, en virtud de la Directiva Presidencial No. 7 de 5 de agosto de 2003 (Folio 57).
- Una vez reintegrado el Alcalde titular del Municipio de Dagua, éste expidió el Decreto No. 072 de 1º de septiembre de 2003, mediante el cual derogó en todas sus partes el Decreto No. 071 de 2003 (Folio 11 y 12); y a su vez, por Decreto No. 073, declaró la vacancia definitiva del cargo de Jefe de Grupo en la Administración Municipal, el cual venía desempeñando el demandante, por considerar que al haberse posesionado como Alcalde expresamente renunció al cargo que desempeñaba como Jefe de Grupo (Folio 2).
- El 9 de septiembre de 2003, la Gerencia Administrativa y Financiera del Municipio de Dagua, certificó que el actor laboró con la Administración Municipal desde el 4 de enero de 2001 hasta el 27 de agosto de 2003, en el cargo de Jefe de Grupo (Folio 5).
- Mediante Oficio No. 114-05 de 16 de noviembre de 2005, el Gerente Administrativo y Financiero del Municipio de Dagua, informó que previa revisión de la hoja de vida del demandante, no se encontró documento alguno que contenga la renuncia de éste al cargo que desempeñaba como Jefe de Grupo (Folio 74).
- Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala al estudio del caso concreto, para lo cual desarrolla en el orden previamente señalado, los siguientes temas:

l) Competencia del Gobernador para designar al Alcalde encargado.

Aduce la entidad demandada que la designación del actor de manera provisional al cargo de Alcalde encargado, fue hecha por otro nominador diferente al Alcalde titular, configurándose una doble militancia al desempeñar al mismo tiempo dos cargos en la administración municipal; igualmente advierte que no medió acto administrativo que suspendiera las vacaciones que se encontraba disfrutando.

La Ley 136 de 1994 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, dispuso:

“ARTÍCULO 105. CAUSALES DE SUSPENSIÓN. El Presidente de la República en el caso del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, y los gobernadores en los demás casos, suspenderán a los alcaldes en los siguientes eventos.

1. Por haberse dictado en su contra, resolución acusatoria debidamente ejecutoriada, con privación de la libertad, aunque se decrete en favor del alcalde la excarcelación.

2. Por haberse dictado en su contra, medida de aseguramiento, con privación efectiva de la libertad, siempre que esté debidamente ejecutoriada.

3. A solicitud de autoridad jurisdiccional competente de acuerdo con el régimen disciplinario previsto en la ley.

(...)

ARTÍCULO 106. DESIGNACIÓN. El Presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y los gobernadores con respecto a los demás municipios, para los casos de falta absoluta o suspensión, designarán alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección.

Si la falta fuere temporal, excepto la suspensión, el alcalde encargará de sus funciones a uno de los secretarios o quien haga sus veces. Si no pudiere hacerlo, el Secretario de Gobierno o único del lugar asumirá las funciones mientras el titular se reintegra o encarga a uno de sus secretarios.

(...)” (Lo subrayado es de la Sala).

Adicionalmente, en concepto del 10 de octubre de 2002, la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente César Hoyos Salazar, consideró:

“(...) procede que el Gobernador disponga la suspensión inmediata y la designación de alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el partido, grupo político o coalición que lo respaldó en el momento de la elección.”

Teniendo en cuenta, los antecedentes normativos y jurisprudenciales encuentra la Sala que los gobernadores no son nominadores de los alcaldes; sin embargo, en el evento de existir una falta temporal de suspensión en el cargo del titular, serán éstos los que procederán a designar el reemplazo.

De las consideraciones expuestas en el Decreto No. 0927 de 22 de agosto de 2003, proferido por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, se lee que:

“(...) Que mediante oficio No. 584 del 9 de Julio de 2003, recibido el 14 de Julio del mismo mes y año, bajo radicación No. 10101 de la fecha, el señor Juez Promiscuo Municipal de Dagua Valle, solicitó al Gobernador la suspensión en el cargo de Alcalde de Dagua, Ingeniero WILMAR GONZALEZ CRUZ, con cédula de ciudadanía ... con el fin de hacer efectiva la sanción de arresto de tres (3) días impuesta por el referido despacho judicial.

(...) mediante comunicación del 11 de agosto de 2003, radicada en la Secretaría de Gobierno el 13 de agosto de 2003, los señores JOSÉ ARLEN CARVAJAL M. y ALFONSO SANCCLEMENTE MORENO, quienes otorgaron el aval ante la Registraduría Nacional del Estado Civil del entonces candidato a la Alcaldía de Dagua, quien es objeto de enunciada medida de carácter penal, presentaron terna de candidatos para su remplazo, integrada por los señores FABIOLA TELLO OLAVE con c.c. No. 31.281.030, JORGE HERNANDO CLAVIJO DELGADO con c.c. No. 14.952.431 y NORMAN OSWALDO RAMOS CAMACHO, con c.c. No. 6.248.244 decidiéndose en consecuencia designar para el efecto al tercero de los postulados señor NORMAN OSWALDO RAMOS CAMACHO”.

De acuerdo con lo expuesto, queda claro que el Gobernador tiene las facultades expresas para designar Alcalde en casos de suspensión, el cual es elegido de terna enviada por el mismo movimiento político al que pertenezca el Alcalde titular; por lo tanto, el nombramiento que se realizó de manera provisional al demandante se ajusta a lo preceptuado en las disposiciones legales y constitucionales previamente referenciadas; por consiguiente, si bien es cierto que el actor se encontraba disfrutando de sus vacaciones, también lo es, que por acto administrativo de autoridad competente se asignó de manera provisional al actor, para desempeñar las funciones propias de Alcalde por el término de 3 días, atendiendo a las necesidades propias del servicio; por tal motivo, no hay lugar a objeción en la designación.

Como argumento adicional, que soporta la legalidad del acto demandado, advierte la entidad recurrente, que el actor no podía desempeñar el cargo de alcalde (E) cuya designación había sido efectuada por el Gobernador, por cuanto se encontraba ocupando el cargo de Jefe de Grupo.

Sobre el particular, el Decreto Ley 2400 de 1968, en su artículo 23 establece:

“Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular. Cuando se trate de ausencia temporal el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en caso de vacante definitiva hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido este término el encargo cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales”.

Por su parte el **Decreto 1050 de 1973**, instituyó:

“Art. 34.- Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.
Art. 35.- Cuando se trata de vacancia temporal, el encargo de otro empleo solo podrá desempeñarlo durante el término de esta, y en el caso de definitiva hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de este y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente.

Art. 36.- El encargo no interrumpe el tiempo para efectos de la antigüedad en el empleo de que se es titular, ni afecta la situación de funcionario de carrera.

Art. 37.- El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular”.

En ese orden de ideas, no solo el actor podía realizar la labor encomendada, sino que también podía recibir la diferencia de salario que devengaba el Alcalde respecto del cargo que ocupaba, Jefe de Grupo; por lo tanto, encuentra la Sala ausencia de soporte jurídico y probatorio por parte de la entidad demandada al querer formular estos cargos y pretender mantener la presunción de legalidad del acto acusado.

II) De la vacancia del cargo y de la renuncia.

Afirma la entidad apelante dentro del recurso de alzada, que al momento de aceptar el demandante la designación por parte del Gobernador, para ocupar provisionalmente el cargo de Alcalde mientras su titular estuviese sancionado, se presentaron dos figuras simultáneamente; la vacancia del cargo y la renuncia.

En ese orden de ideas, para que se presente la vacancia del cargo se deben configurar los supuestos establecidos en el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, el cual reza lo siguiente:

“Art. 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”.

En concordancia con esta norma el artículo 127 ibídem señala:

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

Esta Corporación en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, de 22 de septiembre de 2005, dictada en el proceso (2103-03), Magistrada Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, se dijo:

“...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.

(...)

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.”

De acuerdo con lo anterior, se puede establecer que en los eventos en que se presente la ausencia de un servidor al trabajo durante tres días consecutivos, entre otras razones, el nominador deberá adelantar un procedimiento breve y sumario en orden a comprobar la ocurrencia de la omisión y proceder a declarar la vacancia del empleo, sin perjuicio de que el empleado pueda allegar oportunamente las pruebas que justifiquen su ausencia. En este orden de ideas, al empleado le incumbe la carga de la prueba, sin perjuicio del procedimiento breve y sumario que debe adelantar el nominador, porque nada indica que éste deba relevar al inculpado de la carga probatoria. Es apenas lógico que la insuficiencia de la prueba justificativa deba soportarla el empleado ausente.

Empero, no se evidencia dentro del plenario que haya existido dicho procedimiento, con el fin de verificar las razones de la ausencia del demandante; ahora bien no se puede olvidar que éste se encontraba disfrutando de sus vacaciones y que también estaba cumpliendo con una designación realizada por el Gobernador,

circunstancias que imposibilitan la adecuación por parte del actor a las situaciones fácticas señaladas anteriormente.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra Sala que de la simple lectura del acto administrativo que declaró la vacancia del cargo, se puede derivar claramente que no se presentó ninguno de los supuestos para que se configure dicha vacancia, pues el argumento que utilizó el mandatario local para declararla fue que el actor al posesionarse como Alcalde Municipal de Dagua, “**expresamente renunció al cargo que desempeñaba como Jefe de Grupo**” sin que éste sea un argumento válido para su configuración.

Por su parte, la renuncia es aquella manifestación libre, personal, expresa e inequívoca de hacer dejación del cargo, factores que debe la entidad demandada demostrar, pues es prueba suficiente para que la administración declare la vacancia del cargo, situación que no se demostró dentro del sub – judice, por consiguiente, esto es suficiente para determinar que las consideraciones que provocaron el Decreto acusado y que impulsaron al nominador a obrar, con base en un supuesto reglado, no fueron reales, ni ciertos, por lo que fuerza concluir que se configura la causal de falsa motivación, pues el acto resulta viciado en su elemento causal, al no haber congruencia entre los motivos y la decisión.

Ahora bien, el sentir de la Sala frente a la decisión tomada por el Alcalde, al declarar la vacancia del cargo ocupado por el actor, tiende a inclinarse por una presunta desviación de poder, por cuanto se alcanza a evidenciar que su decisión estuvo motivada por haberse expedido el Decreto 071 de 29 de agosto de 2003, suscrito por el Alcalde encargado, el cual congeló la incorporación a la planta administrativa como medida tendiente a garantizar la transparencia en los comicios electorales del 25 de octubre de 2003, prueba de ello, es que al momento de ser reintegrado el Alcalde titular, suscribió los Decretos Nos. 072 y 073 de 2003, los cuales hacen referencia a la derogación en su totalidad del Decreto 071 y a la declaración de la vacancia del cargo de Jefe de Grupo, respectivamente; por lo tanto, no son las razones del buen servicio las que infundan esta medida, pues dentro del proveído ni siquiera se alega este tipo de fundamentos.

Así las cosas, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar y por consiguiente el proveído impugnado será confirmado; haciendo claridad que el reintegro solo se podrá realizar siempre y cuando se cumplan con los requisitos y

exigencias legales que haya establecido la administración del Municipio de Dagua en vigencia de la Ley 909 de 2004.

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 y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 27 de noviembre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por Norman Oswaldo Ramos Camacho contra el Municipio de Dagua (Valle del Cauca), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, Notifíquese, Publíquese en los anales del Consejo de Estado. Devuélvase al Tribunal de Origen, Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

