

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META
Magistrado ponente: CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

Villavicencio, doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020).

SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 2

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: GRUCHESKA SAMANTHA PÉREZ SARMIENTO
Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)
REGIONAL VAUPÉS
Radicación: 50001-33-31-007-2010-00284-01

SENTENCIA

Resuelve la Sala¹ el recurso de apelación² formulado por la parte demandada, contra la sentencia del 28 de junio del 2013, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Villavicencio, mediante la cual se accedieron a las pretensiones de la demanda. En cumplimiento del fallo de tutela del 23 de enero del 2020, notificada el 30 del mismo mes y año³.

I. ANTECEDENTES

La demandante GRUCHESKA SAMANTHA PÉREZ SARMIENTO, actuando a través de apoderada judicial, el 30 de junio del 2010⁴, interpuso acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA) REGIONAL VAUPÉS, con la finalidad que se estimaran las siguientes:

1. Pretensiones⁵

1.1. Que se declare nula la Resolución No. 013 del 1 de febrero de 2010, proferida por el Director Regional del Vaupés del Servicio Nacional de

¹ Conforme a las decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Administración Judicial del Meta, en los acuerdos No CSJMA16-433 del 19 de enero, CSJMA16-440 del 10 de febrero, CSJMA16-526 del 8 de marzo, CSJMA16-624 del 7 de abril, CSJMA16-655 del 11 de mayo, y finalmente el CSJMA16-693 del 28 de junio de 2016, en los cuales se determinó la redistribución de los procesos escriturales y se estableció el funcionamiento de las salas del sistema escritural.

² Folio 575-577 del cuaderno 2.

³ Folio 96 del cuaderno de segunda instancia.

⁴ Folio 114 del cuaderno 1.

⁵ Folio 3-5 ibídem.

Aprendizaje SENA, por medio de la cual se declaró la vacancia del empleo que desempeñaba la accionante por abandono del cargo de Profesional Universitario Grado 01 adscrito a la Regional del Vaupés, presuntamente por no haber reasumido sus funciones al vencimiento de su permiso.

1.2. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 020 de fecha 12 de febrero de 2010, expedida por el Director Regional de Vaupés del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición impetrado contra la Resolución No. 013 de 2010.

1.3. Que, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reintegrar a GRUCHESKA WHONIA SAMANTHA PÉREZ SARMIENTO al cargo de Profesional Grado 01 del que fue removida en virtud de los actos acusados o a un empleo equivalente o superior, así como, al pago de todos los emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que se hizo efectiva su desvinculación hasta su reintegro.

1.4. Que se declare que durante el lapso en que estuvo desvinculada no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios de la actora, para todos los efectos legales y prestacionales.

1.5. Que se condene al ajuste del pago de los valores que resulten a favor de la parte actora de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. hasta la fecha en que se haga efectiva la sentencia.

1.6. Que se ordene al SENA cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

2. Hechos⁶

2.1. Manifiesta que en virtud de la convocatoria No. 001 de 2005, realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la señora GRUCHESKA WHONIA SAMANTHA PÉREZ SARMIENTO se presentó a concurso abierto de mérito para el cargo de Profesional Grado 01 del Despacho de la Dirección Regional del SENA Regional Vaupés, obteniendo el primer lugar, razón por la cual mediante la Resolución No. 055 de fecha 24 de agosto de 2009 fue nombrada en período de prueba. Cargo del cual tomó posesión el día 21 de septiembre de 2009, según acta No. 004.

2.2. Expone que solicitó permiso al Director Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje del Vaupés, para viajar de la ciudad de Mitú con destino a la ciudad de Villavicencio, puesto que requería practicarse unos exámenes médicos especializados, toda vez que se encontraba enferma y no habían médicos

⁶ Folios 5-16 ibídem.

especialistas de la Empresa Promotora de Salud SALUDCOOP en dicha ciudad. Razón por la cual, el director del SENA del Vaupés le concedió en forma verbal dicho permiso por tres días remunerados, razón por la cual viajó el 17 de enero de 2010.

2.3. Señala que, el 21 de enero de 2010, la demandante por vía e-mail remitió al Director Regional del Vaupés, al Asesor Jurídico Externo y al Coordinador del Grupo Mixto de Apoyo Administrativo (E), los soportes médicos tendientes a demostrar su ausencia a desempeñar su cargo otros días, tomando en cuenta los cronogramas de las citas que se le programaron. El Director Regional le concedió tres días no remunerados, informándole que vencido este plazo debía informar si estaba incapacitada.

2.4. Indica que, el 25 de enero de 2010, por e-mail la accionante se dirigió al Director Regional del Vaupés, al Asesor Jurídico Externo y al Coordinador del Grupo Mixto de Apoyo Administrativo (E), explicándoles que no era posible llegar antes del 28 de enero de 2010 a su trabajo, explicando las razones del caso. El 28 de enero de 2010 la profesional se reintegró al cargo.

2.5. Sostiene que, el 1 de febrero de 2010, el Servicio del Sena Regional Vaupés, sin adelantar investigación administrativa previa, expidió la Resolución No. 013 que determinó en su parte resolutive declarar la vacancia del cargo Profesional Grado 01 adscrito a la Regional Vaupés, por abandono del cargo, sustentada en la inasistencia de la demandante los días 26, 27 y 28 de enero de 2010.

2.6. Expresa que, la insubsistencia se dio sin realizar la investigación disciplinaria que declarara el abandono del cargo tipificado en la Ley 734 de 2002, por lo que se encuentra viciada la actuación de la entidad accionada por falsa motivación.

2.7. Agrega que, la señora Pérez impetró los recursos de reposición y apelación contra la Resolución 013 de 2010, resueltos por la Resolución 020 del 12 de febrero de 2010 en la cual confirman la Resolución 013 y niegan el recurso de apelación como improcedente.

3. Normas violadas y concepto de violación

Se señalan como fundamentos normativos de la presente acción⁷, los siguientes:

- Constitución Política: artículos 2, 4, 13, 25, 29, 42, 44, 45, 48, 53, 58 y 83.
- Ley 734 de 2002
- Decreto 1950 de 1973: artículos 126 y 127
- Ley 909 de 2004: literal i del artículo 41

⁷ Folios 16-29 y 142-149 ibidem.

- Código Contencioso Administrativo: artículos 73 y 84

Sostiene, el apoderado de la actora que se consolidó una desprotección absoluta de los derechos fundamentales de la actora, toda vez que se le priva del empleo, por unos actos administrativos con apariencia de legalidad, empero, con motivaciones contrarias a la Ley, pues se arraigan en las previsiones establecidas en el numeral 2 del artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, para cumplir su cometido, omitiendo adelantar el procedimiento reglado por la ley para que válidamente pudiera tener eficacia la decisión allí tomada, tal como lo establece la Ley 734 de 2002.

Expone que, la accionante al dejar de percibir el salario, se le está desprotegiendo, tanto a ella como a toda su familia, quienes dependen económicamente de la demandante, toda vez que, si el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA" no le hubiera despedido en las circunstancias anotadas, en algo menguarían las vicisitudes que hoy por hoy tiene que afrontar, mientras logra obtener un nuevo empleo.

Señala que, en virtud de los derechos, las garantías y los deberes establecidos en el Título II de la Constitución Colombiana, que consagran en su Capítulo I los derechos fundamentales de las personas, y de obligatorio cumplimiento, tenemos que con la expedición de los actos administrativos objeto de la presente acción de nulidad, se violó el debido proceso normado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en consideración, a que el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", no dio aplicación al procedimiento consagrado en la Ley 734 de 2002, requisito necesario, ordenado por el legislador, para imponer cualquiera de las sanciones establecidas para el efecto en sus artículos 48 y s.s. de la citada Ley.

Agrega que, basta ver las motivaciones del primer acto acusado, por medio del cual se le declaró la vacancia por abandono del cargo, para determinar que la Administración - Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", en ninguna parte hizo alusión a las previsiones ordenadas por la Ley 734 de 2002, para este tipo de conductas, lo cual a luces del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo constituye falsa motivación.

Por lo anterior, solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda, se ordene el reintegro de la accionante a la entidad accionada y se paguen todos los emolumentos dejados de percibir desde el retiro hasta la correspondiente incorporación a un cargo equivalente o de mejor jerarquía.

4. contestación de la demanda y reforma a la demanda.

Encontrándose dentro del término legal, el apoderado de la entidad accionada contestó la demanda y la reforma a la misma⁸, en los siguientes términos:

⁸ Folios 151-161 y 179-180 *ibidem*.

Expresa la apoderada que se opone a que en contra de la SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA) REGIONAL VAUPÉS, se profieran las declaraciones y condenas que reclama la parte actora, en razón a que la actuación administrativa referente a determinar que existiera justificación o no, en el actuar de la funcionaria que no reasumió sus funciones al vencimiento de su permiso, se surtió respetando lo dispuesto en el artículo 35 del C.C.A., que si bien no plantea un trámite específico, se fundamenta en el debido proceso y derecho a la defensa, contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, es así, como a su llegada al SENA, de manera verbal, se le requirió informar o justificar su actuar, al inasistir a su lugar de labores al vencimiento del permiso otorgado para atender exámenes de control, resultado del requerimiento verbal y a fin de obtener mayor claridad en la investigación administrativa se produjo la comunicación No. 047 del 29 de enero de 2010, dirigido a la Dra. PÉREZ SARMIENTO y firmado por el director Regional y que fue recibida por la destinataria en la misma fecha a las 6:00 p.m.

Señala que, en respuesta a dicha comunicación la Demandante respondió mediante comunicación No. 057 del 01 de febrero de 2010, que fue recibido por el Director Regional en la misma fecha a las 5:45 p.m.

Expone que, luego de analizar el escrito de la accionante, la entidad consideró que la no presencia de la demandante en su lugar de trabajo no se encontraba justificada, por lo que se presentaba la vacancia del cargo por abandono del mismo, fundamentándose en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, por cuanto la funcionaria PÉREZ SARMIENTO no reasumió sus funciones al vencimiento de su permiso, resultado del análisis de lo anterior se expidió la Resolución No. 013 de 2010, que declaró la vacancia del cargo por abandono y que fue ratificada mediante Resolución No. 020 de 2010.

En ese sentido, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda incoada por la señora PÉREZ SARMIENTO, puesto que se respetaron todos los derechos de la accionante, dentro de estos el debido proceso.

III. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Villavicencio, mediante providencia calendada el 28 de junio del 2013⁹, accedió a las pretensiones de la demanda; la anterior decisión se tomó con fundamento en las siguientes consideraciones:

“Si bien parece que se le solicitaron unas explicaciones y se le pidió el 29 de enero de 2010 el original de la certificación médica y del desprendible del

⁹ Folios 563-571 ibidem.

tiquete de salida y entrada a GRUCHESKA WHONIA SAMANTHA PÉREZ (fl. 236), antes de que la señora Pérez diera respuesta a esta solicitud ya se había emitido la Resolución 013 del 1 de febrero de 2010.

Además nunca se tuvo en cuenta que estaba plenamente demostrado por la trabajadora que su ausencia se debía a un tratamiento médico en otra ciudad y que los pasajes con la elección de fecha de viaje habían sido determinados por su EPS e informados al Director Regional desde el principio.

(...)

Así que el comportamiento de la demandante no debe estudiarse sólo desde el punto de vista de la ausencia en el lugar de trabajo, sino que debe hacerse un análisis conjunto de las pruebas que dieron lugar a la inasistencia para calificar si su retiro temporal estaba debidamente justificado, más aún cuando se encuentra probado en el plenario, que la razón para no asistir al trabajo durante esos días se debió a que estaba en consulta y en múltiples estudios paraclínicos y grammagráficos como seguimiento a su antecedente de cáncer tiroideo, en el período comprendido entre el 21 de enero hasta el 28 de enero de 2010. (Cuaderno 1 Anexo 1 Proceso Disciplinario fl. 41, Cuaderno 2 Anexo 1 Proceso Disciplinario. Fls. 275-277)

Los actos administrativos a través de los cuales se declaró el abandono del cargo de la actora y la vacancia del mismo están viciados de nulidad por desconocimiento del debido proceso y del derecho de defensa, en tanto que no se realizó un verdadero proceso administrativo, no se evaluaron las pruebas documentales en las cuales se demostraba la causal justificatoria de ausencia de la actora a su sitio de trabajo, ni se esperó a contar con la totalidad de las mismas para tomar una determinación.

Así las cosas, por violación al debido proceso es menester acceder a las pretensiones de la demanda, de manera que, la consecuencia jurídica inmediata de la nulidad de los actos demandados es el reintegro de la demandante al cargo desempeñado o a uno de similar categoría, junto con el reconocimiento de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir desde el momento del retiro y hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al cargo."

Conforme lo citado, el *a quo* consideró que la actuación desplegada por la entidad territorial desconoció el derecho al debido proceso de la accionante, toda vez que, la entidad, hizo un análisis parcial de las pruebas allegadas por la funcionaria concluyendo erróneamente que se encontraban previstos los presupuestos del abandono de cargo, de ahí que sea procedente la nulidad deprecada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la apoderada de la entidad demandada, interpuso en forma oportuna recurso de apelación contra el fallo proferido por el

Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Villavicencio, mediante escrito obrante a folios 575-577, en los siguientes términos:

La parte accionada indica que los actos administrativos a través de los cuales se declaró la vacancia del cargo de Profesional Grado 01 de la Regional Vaupés no se encuentran viciados de nulidad ya que se respetó el derecho de defensa y debido proceso, lo que permitió allegar documentación y la justificación de la accionante sobre la ausencia al sitio de trabajo.

Manifestó que el acto Administrativo (Resolución No. 013 de 2010) en su artículo segundo señaló que contra el mismo procedían los recursos de reposición y de apelación, otorgándosele los momentos procesales legales para la defensa de sus derechos.

Agrega que, el día 5 de febrero de 2010, la demandante mediante oficio identificado con No. De radicado 081, dirigido al SENA recurrió el acto y obtuvo respuesta con fecha 12 de febrero de 2010 al ser notificada de la Resolución No. 202 del 11 de febrero de 2010, dándose oportuna respuesta a los requerimientos, solicitudes y recursos de la accionante.

V. TRÁMITE PROCESAL

Mediante proveído del 19 de diciembre del 2013¹⁰, al reunir todos los requisitos de ley, esta Corporación admitió el recurso de apelación promovido por la parte demandada; así mismo, a través de auto del 24 de enero del 2014¹¹ se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, oportunidad dentro de la cual las partes reiteraron los argumentos expuestos en las anteriores etapas procesales (fls. 6-56 parte accionante y 57-58 parte accionada); en esta etapa procesal el Ministerio Público no emitió concepto.

El ocho (08) de octubre de 2018 el Tribunal Administrativo - Sala Transitoria confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia y modificó el ordinal tercero de la misma, restringiendo el pago de los emolumentos dejados de percibir hasta veinticuatro (24) meses, previas deducciones.

Frente a la sentencia de segunda instancia la parte accionante solicitó adición y/o corrección, manifestando que no se debían aplicar los límites indemnizatorios; sin embargo, este Tribunal negó la solicitud invocada debido a que configuraba más un reproche contra la sentencia de segunda instancia que una adición o una corrección de la misma.

¹⁰ Folio 3 del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folio 4 *ibídem*.

Por lo anterior, la parte accionante presentó acción de tutela de radicación 11001-03-15-000-2019 – 04991-00, respecto de la cual, el Consejo de Estado, profirió fallo del 23 de enero del 2020, amparando parcialmente los derechos del accionante sobre eliminar los límites indemnizatorios.

Rituado el proceso con las formalidades normativas pertinentes, procede esta Sala a decidir el caso *sub-examine*, previas las siguientes:

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Es competente este Tribunal para resolver el recurso de alzada interpuesto contra la sentencia del 28 de junio del 2013 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Villavicencio, de conformidad con el numeral 1 del artículo 133 del C.C.A., modificado por el artículo 41 de la Ley 446 de 1998.

2. Problema Jurídico.

El problema jurídico que esta Corporación debe atender se circunscribe en determinar si:

¿Se encuentran viciados de nulidad los actos administrativos demandados, por los cuales se declaró la vacancia permanente del empleo que ocupaba la señora GRUCHESKA SAMANTHA PÉREZ SARMIENTO por falsa motivación, al presuntamente no haberse garantizado el debido proceso y el derecho de defensa de la misma?

Una vez planteado lo anterior, procede la Sala a delimitar el caso *sub-lite* teniendo en cuenta lo siguiente:

3. Caducidad

La parte accionada dentro de las excepciones planteadas, expone que la demanda de la referencia esta afectada por el fenómeno de caducidad, puesto que para la fecha de su presentación ya había fenecido el lapso establecido por la ley para interponerla.

Al respecto, la caducidad de la acción es un fenómeno de creación legal, por cuyo efecto el simple paso del tiempo implica la pérdida de oportunidad para reclamar por vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad del Estado. Así las cosas, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989; modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, establece:

“(...) 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe (...)”.

Hecha la precisión de carácter normativo antes citada, se observa en el sub examine, que la parte demandante pretende la nulidad de las resoluciones No. 013 del 1 de febrero de 2010, proferida por el Director Regional del Vaupés del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por medio de la cual se declaró la vacancia del empleo que desempeñaba la accionante por abandono del cargo y la No. 020 de fecha 12 de febrero de 2010, expedida por el Director Regional de Vaupés del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición y no le dio trámite al recurso de apelación, siendo notificada el 19 de febrero del 2010¹², por consiguiente, en principio, el señor GRUCHESKA SAMANTHA PÉREZ SARMIENTO tenía plazo para radicar la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento hasta el 20 de junio de 2010, conforme al artículo 67 del C.C.

Sin embargo, la accionante presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría 206 Judicial I Administrativa el 18 de mayo del 2010, posteriormente, el 30 de junio del 2010¹³ el Ministerio Público profirió acta de conciliación fallida; lapso durante el cual quedaron suspendidos los términos de caducidad, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 640 del 2001¹⁴.

Así las cosas, en el *sub lite* no se ha presentado el fenómeno de la caducidad de la acción, toda vez que la demanda fue instaurada dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del acto, de conformidad con el artículo 136 del C.C.A., es decir, el 30 de junio del 2010.

4. Marco Jurídico.

4.1. De la vacancia permanente por abandono de cargo.

En primer lugar es de señalar que, para que se presente la vacancia permanente por abandono del cargo se debe configurar alguna de las causales establecidas en el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, el cual reza lo siguiente:

¹² Folio 85 del cuaderno 1.

¹³ Folios 100-101 ibídem.

¹⁴ **“ARTICULO 21. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN O DE LA CADUCIDAD.** La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.”

"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 remplazado".*

En concordancia con esta norma el artículo 127 *ibídem* señala:

"Artículo 127. Comprobado cualquiera de los hechos de que trata el artículo anterior, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo, previo los procedimientos legales."

Sobre el tema, el Consejo de Estado¹⁵, indicó que las actuaciones administrativas que se deben respetar en función de resolver sobre la vacancia de un empleo se encuentran contenidas en los artículos 2, 28, 34 y 35 del C.C.A., exponiendo:

"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, 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 oportunidad de ejercer el derecho de contradicción y de defensa, previo a la expedición del acto."

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo indicó:

"Artículo 35. Adopción de decisiones. 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.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del veintisiete (27) de julio de dos mil once (2011), para el proceso No. de Referencia: 680012331000199901308 01 y número Interno: 0216-2010.

Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título."

En ese sentido, la entidad deberá respetar los derechos de defensa y contradicción de los funcionarios, antes de tomar una decisión de fondo como la de retirarlo del cargo en el que se encuentra en carrera y declararlo en vacancia permanente; por lo que, de lo anterior se puede concluir que, para que en el presente caso se pueda declarar el abandono del cargo, debe presentarse lo siguiente:

- i) Que el funcionario deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos, es decir, que se compruebe el abandono del funcionario por 3 días continuos de su trabajo.
- ii) Que se otorgue la oportunidad procesal para que el funcionario exponga los argumentos por los cuales se ausentó y allegue las pruebas que considere pertinentes, en aras de ejercer su derecho de defensa y contradicción a los cargos a él imputados.

Entonces, es de señalar que el abandono del cargo puede establecerse 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.

Lo anterior, sin perjuicio que se declare la vacancia permanente del empleo en caso de que en los términos otorgados para ejercer su derecho de defensa y contradicción, el funcionario opte por guardar silencio.

5. Caso Concreto.

El artículo 41 de la Ley 909 del 2004 estableció las causales de retiro de los funcionarios que se encuentran en empleos de carrera, dentro de las cuales está la vacancia del empleo por abandono del cargo, exponiendo:

"Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

(...)

Parágrafo 2°. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. (...)"

En ese sentido, es de advertir que para que se declare la vacancia del empleo por abandono de cargo, la entidad debe motivar el acto administrativo en el que se expondrán las razones de hecho y de derecho. Así como las pruebas que fundamenten dicha decisión.

De igual manera, deberá dar cumplimiento al procedimiento establecido en el 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.

Adicionalmente a la motivación del acto administrativo y del agotamiento del procedimiento previo, el abandono debe ser injustificado, es decir, sin que exista una razón o motivo suficiente para que el servidor se exima de la responsabilidad de cumplir con las funciones propias del cargo o del servicio.

En el presente asunto, se observa el oficio del 15 de enero del 2010 (fl. Folio 35 del cuaderno 1), por el cual la accionante le solicita permiso al Subdirector seccional del SENA para desplazarse a la ciudad de Villavicencio por los quebrantos de salud que la aquejan, a partir del lunes 18 de enero de ese año, anexando el formato de tiquetes con fecha de salida 17 de enero del 2010 y regreso del 28 de enero del 2010.

Posteriormente, la accionante el 21 de enero del 2010 (fl. 37 *ibídem*), por medio de correo electrónico informó a la entidad que tenía unos exámenes especializados por los antecedentes clínicos que la aquejaban, remitiendo las autorizaciones, ordenes médicas y el formato de tiquetes con vuelo de regreso a Mitú para el 28 de enero del 2010.

Al respecto, el SENA, mediante correo electrónico del 22 de enero del 2010 (fl. 41 *ibídem*) le informó a la accionante que solo tenía la facultad de autorizar el permiso remunerado hasta por tres (03) días y prorrogable por otros tres (03) días cuando medie justa causa, solicitándole que si se encontraba incapacitada, allegara el respectivo documento.

Conforme a la respuesta otorgada por la entidad, la accionante se comunicó el 25 de enero del 2010 (fl. 42-43 *ibídem*), exponiéndole la dificultad para desplazarse de la ciudad de Villavicencio a Mitú por los altos costos de los pasajes y la poca frecuencia en los vuelos, adicionalmente, sin perder de vista que el traslado tenía por objetivo unos exámenes médicos especializados que culminaban con la cita médica con el galeno tratante, fijada para el día 28 de enero del 2010; lo que imposibilitaba su traslado inmediato a la ciudad de Mitú.

El 29 de enero del 2010 (fl. 66-67 *ibídem*) la accionante le manifiesta a la entidad que se reintegra a sus obligaciones, allegando la certificación médica expedida por Saludcoop Llanos, debido a que la prestadora de servicios de salud no le había entregado ninguna incapacidad médica. No obstante, el Director Regional del Vaupés del SENA, el mismo día le solicitó que allegara la certificación médica original y una copia de los desprendibles del tiquete tanto de salida como de entrada (fl. 68 *ibídem*), sin que se le diera algún plazo en específico para allegar los documentos.

En cumplimiento a lo señalado por el SENA, la accionante el 1 de febrero del 2010 a las 5: 45 P.M.¹⁶ allegó la certificación médica y los tiquetes aéreos entregados por la EPS, momento en el que le notificaron la Resolución No. 013 de 2010 mediante la cual ya le habían declarado en vacancia su cargo.¹⁷

Es de advertir que las consideraciones de la Resolución No. 013 de 2010 “*por medio del cual se declara la vacancia de un cargo*”, consideró lo siguiente:

*“PRIMERO: Teniendo en cuenta que le fue concedido permiso por Tres (03) días a la Doctora Grucheska Whonia Samantha Pérez, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 35.262.156 de Villavicencio – Meta, Profesional Universitaria Grado 01, adscrita a esta Regional a partir del 18 al 20 de enero de 2010, posteriormente prorrogado por otro término igual al inicialmente otorgado los días 21, 22 y 25 de enero de 2010, lo que indica que debió reasumir sus funciones al vencimiento del permiso, o sea el 26 de enero de 2010, hecho este que en efecto no ocurrió, toda vez que la funcionaria PÉREZ SARMIENTO, se presentó a su sitio de trabajo el 28 de enero de 2010 en horas de la tarde.”*¹⁸

Por lo anterior, se deduce que la entidad expidió los actos administrativos verificando solo la circunstancia objetiva – *faltar por más de tres (03) días a su cargo* -, en otras palabras, por la inasistencia de la accionante desde el 26 de enero de 2010, fecha en la que debía presentarse; puesto que no se señala otro tipo de argumento en las consideraciones de la Resolución.

En ese orden de ideas, la entidad omitió estudiar los elementos de la no comparecencia injustificada de la accionante al cargo por ella ocupado ni la realización del procedimiento previo a la decisión, con el fin de comprobar y escuchar las explicaciones correspondientes sobre las circunstancias que rodearon la inasistencia a asumir sus funciones, lo que denota que los actos administrativos fueron expedidos con falta de motivación.

Por otro lado, es cuestionable que la entidad requiriera a la accionante el 29 de enero del 2010 para que allegara el original de la certificación médica y del

¹⁶ Folios 69-72 *ibídem*.

¹⁷ Folios 73 *ibídem*.

¹⁸ Folios 74-75 *ibídem*.

desprendible del tiquete de salida y entrada para que en el momento en que estuviera allegando la información le notificaran la Resolución 013 del 1 de febrero de 2010 por la cual se le declaró en vacancia el cargo que ocupaba, lo que refuerza la tesis de la falta de estudio de los elementos subjetivos para declarar la causal de retiro.

Así las cosas, es posible afirmar que la entidad accionada no tuvo en cuenta que la inasistencia de la demandante fue con ocasión de una justa causa, la cual puso en conocimiento del SENA en diferentes ocasiones y que fue corroborado por Saludcoop en oficio No. 1-2010-020620 del 20 de octubre del 2010, en el que aporta certificación de los tiquetes aéreos suministrados por esta a la accionante con regreso a Mitú hasta el 28 de enero de ese año.¹⁹

Como si fuera poco, y aunque el proceso disciplinario tiene plena autonomía e independencia del presente proceso, el auto del 1 de agosto de 2011²⁰ se tuvo en cuenta que la accionante se encontraba realizando diversos chequeos médicos lo que excluía de suyo la omisión de haberse demostrado una justa causa, lugar desde el que siguió laborando por intermedio de su correo electrónico, exponiendo:

"(...) en el sub judice, no existe transgresión alguna al Estatuto Disciplinario como quiera que de una parte, la ausencia de la doctora Grucheska Samanta Whonia Pérez Sarmiento en su puesto de trabajo para el período comprendido entre el 18 y el 28 de enero de 2010 - este último día en la mañana- obedeció a que tuvo que practicarse varios exámenes médicos en la ciudad de Villavicencio y de otra, que dicha ausencia, no generó afectación respecto de sus deberes funcionales, toda vez que para el período antes mencionado, la implicada adelantó las gestiones propias de su cargo las cuales reportaba vía correo electrónico.

(...)

La relación de los correos electrónicos enlistados precedentemente, permiten concluir al Despacho que si bien la implicada no se encontraba en su lugar de trabajo para el periodo comprendido entre el 18 al 28 de enero por las razones antes expuestas (este último día en horas de la mañana), no dejó de cumplir con las labores propias de su cargo, las cuales reportaba vía correo electrónico, en ese orden de ideas, los correos citados desvirtúan el dicho de los declarantes (...) quienes manifestaron no tener ningún tipo de contacto con la investigada para el periodo antes señalado.

Dado lo anterior, puede concluir el Despacho que en el presente caso no se evidencia afectación de una falta disciplinaria imputable a Grucheska Samanta Whonia Pérez Sarmiento, en observancia de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 (...)"

¹⁹ Folio 275-277 del anexo 1.

²⁰ Folios 383-403 del cuaderno proceso disciplinario, anexo alegatos.

Por lo anterior, se puede aseverar que la decisión de la administración no tuvo en cuenta los aspectos subjetivos que requiere el retiro del servicio por vacancia del empleo en razón del abandono del cargo, en la medida que no valoró ni las gestiones efectuadas por la accionante desde el lugar en que se encontraba en citas médicas, el estado de salud de la demandante ni la imposibilidad de trasladarse por los altos costos y la poca frecuencia de los vuelos a Mitú²¹.

De igual manera, es de resaltar que la entidad no puede escudarse en que dio oportunidad para interponer los recursos, pues produjo unos actos administrativos sin que se agotara el procedimiento previo señalado en las normas anteriormente citadas, omitiendo la valoración de las pruebas que tenía la hoy demandante sobre la justificación de su inasistencia.

Conforme a lo expuesto, se confirmará el fallo de primera instancia del 28 de junio del 2013, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Villavicencio, mediante el cual se accedieron a las pretensiones de la demanda, en los términos indicados.

6. Del restablecimiento del derecho

Por otro lado, el Consejo de Estado, profirió fallo del 23 de enero del 2020 en la acción de tutela de radicación 11001-03-15-000-2019—04991-00, amparando parcialmente los derechos del accionante exponiendo lo siguiente:

“El Tribunal demandado modificó la sentencia de primera instancia para aplicar dos reglas, una relativa a los límites indemnizatorios bajo las previsiones de la providencia SU 556 de 2014 y, la otra, referente a los descuentos de lo percibido por cualquier concepto laboral, público, dependiente o independiente recibido por la demandante, en aplicación del fallo SU 354 de 2017. (...)

Por lo que, la Sala advierte que la Corte Constitucional con la aludida sentencia de unificación estableció los montos indemnizatorios, mínimo de 6 y máximo de 24 meses, que deben atender los jueces de instancias ordinarios o constitucionales cuando constaten la ausencia de motivación del acto de retiro, para efectos de ordenar el eventual reintegro laboral de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

Así las cosas, la regla sobre la aplicación de topes para la indemnización por desvinculación de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera creada por la Corte Constitucional en la sentencia SU 556 de 2014, no puede aplicarse a los casos de los trabajadores que ostentan un cargo de carrera en propiedad²².

²¹ Folios 44-61 del cuaderno 1 de primera instancia.

²² Como antecedentes se citan las siguientes providencias de la Sección Quinta del Consejo de Estado: Del 4 de octubre de 2017, dictada en el expediente 11001-03-15-000-2017-02110-00. Actora: Sandra Patricia Lozano Cuartas y, la del 14 de diciembre de 2017, proferida en el proceso 11001-03-15-000-2017-02416-01. Actor: José Javier Chamorro.

(...)

No obstante, en lo particular la autoridad judicial para motivar tales descuentos acudió a las directrices de la sentencia SU 354 de 2017, a partir de lo cual la Corte Constitucional amplió la aplicación de la regla de los descuentos por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, a los empleados cuya vinculación haya sido de carrera. (...)

Por lo expuesto, la Sala precisa que independientemente de la clase de vinculación y la expectativa de permanencia o estabilidad laboral, lo cual por ende incluye el periodo de prueba, la regla de los descuentos es la misma, en tanto que esta se sustenta en que el daño que se debe resarcir es el efectivamente causado en virtud de la expedición irregular del acto administrativo de desvinculación del cargo.

Por tanto, se concluye que la decisión del Tribunal demandado para ordenar los mencionados descuentos, se fundamentó en argumentos que no son arbitrarios o contrarios a derecho y por demás, ajustados al lineamiento de la mencionada sentencia SU 354 de 2017.”

Conforme al precedente jurisprudencial y lo dispuesto en el fallo objeto de cumplimiento, la sentencia SU 556 de 2014 fue proferida bajo unos presupuestos fácticos y jurídicos diferentes a los del presente caso, por lo que, el Consejo de Estado ordenó expedir un nuevo fallo de remplazo eliminando los límites temporales de la indemnización.

En ese sentido, es de resaltar que la sentencia de unificación SU 556 de 2014, se refirió únicamente a los empleados que se encuentran vinculados en provisionalidad, lo que difiere del presente caso, puesto que el objeto del litigio radica en el reintegro de una funcionaria que se encontraba en periodo de prueba en un cargo de carrera, al haber sido elegida por concurso de méritos; por lo que, en cumplimiento del fallo de tutela para la acción de radicado 11001-03-15-000-2019–04991-00, no se dará aplicación a la sentencia de unificación antes referida.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia mediante la cual condenó al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA al pago de todas las prestaciones sociales dejadas de percibir por la actora desde la declaratoria de vacancia del cargo que venía desempeñando hasta su reintegro, sin que exista solución de continuidad.

En ese entendido, la Sala debe precisar que confirmará la decisión del Tribunal Administrativo – Sala Transitoria, respecto de las decisiones que no fueron objeto de modificación por parte del Consejo de Estado en la acción de tutela de radicación 11001-03-15-000-2019–04991-00, en otras palabras, no se tendrá en cuenta para el presente caso la SU 556 de 2014 y se aplicará la SU-354 de 2017, teniendo en cuenta lo siguiente:

El Consejo de Estado manifestó en la sentencia de tutela - *a la que se le está dando cumplimiento* -, que los presupuestos fácticos y jurídicos permitían la aplicación de la sentencia SU-354 de 2017, por extensión a todo tipo de vinculación, bien sea a quienes estuvieran en propiedad, provisionalidad o en libre nombramiento y remoción.

En el presente caso, es de indicar que estamos ante el retiro de una persona que se encontraba en periodo de prueba en un cargo de carrera, en el que por concurso de méritos había sido elegida para acceder a su propiedad, en ese sentido, los presupuestos fácticos son equivalentes a los descritos en la SU-354 de 2017, por lo que se deberá darse aplicación a la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, se descontarán del pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir, las sumas que, por cualquier concepto laboral, público, dependiente o independiente, haya recibido la demandante; de conformidad con lo expuesto por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Magistrado Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, en fallo de tutela del Veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020), para el proceso de Radicación: 11001-03-15-000-2019-04991-00 en concordancia con la SU-354 de 2017 multireferida.

7. Condena en costas

Referente a la condena en costas, la Sala no condenará a la parte accionante conforme lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, modificadorio del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, en razón a que no existe prueba dentro del plenario que acredite la existencia de una conducta grave o temeridad²³.

En mérito de lo expuesto, El Tribunal Administrativo del Meta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFÍRMESE PARCIALMENTE la sentencia del 28 de junio del 2013, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Villavicencio que accedió a las pretensiones de la demanda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

²³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez., en sentencia del 5 de agosto de 2010 señala:

"CONDUCTA TEMERARIA O MALA EN EL PROCESO - Existencia.

Son deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados, proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos, y obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensa y en el ejercicio de los derechos procesales (artículo 71 del C.P.C- numerales 1º y 2º) Se considera que ha existido temeridad o mala fe cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso (artículo 74 numeral 5º ibídem)"

SEGUNDO.- Modificar el ordinal tercero de la sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Villavicencio, por las razones expuestas en esta providencia, el cual quedará así:

"TERCERO: CONDÉNASE a la Servicio Nacional de Aprendizaje SENA al pago de todas las prestaciones sociales dejadas de percibir por la actora desde la declaratoria de vacancia del cargo que venía desempeñando hasta su reintegro, sin que exista solución de continuidad, previas las deducciones de las sumas que por cualquier concepto laboral, público, dependiente o independiente, que haya recibido Grucheska Samatha Pérez Sarmiento, así como las deducciones de ley que haya lugar.

Para todos los efectos legales, se entenderá que no ha habido solución de continuidad en la relación de servicio entre la demandante y la entidad demandada, desde la fecha de su retiro del servicio y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro".


TERCERO.- Sin condena en costas

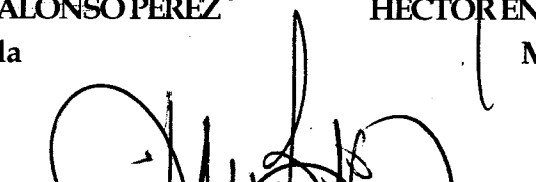
CUARTO.- Una vez ejecutoriada la presente sentencia, **ENVÍESE** el expediente al Juzgado Noveno Administrativo de Descongestión del Circuito de Villavicencio, previas las anotaciones de rigor.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión del día doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020), mediante acta No. 17 de la misma fecha.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,


CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ
Magistrada


HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO
Magistrado


CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO
Magistrado