

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Magistrado ponente: CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

Villavicencio, nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 3

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: BLANCA AZUCENA VEGA CALDERÓN
Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAINÍA
Radicación: 50001-33-31-001-2007-00298-01

SENTENCIA

Resuelve la Sala¹ el recurso de apelación² formulado por la parte demandada, contra la sentencia del 28 de febrero del 2014, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Villavicencio, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La demandante BLANCA AZUCENA VEGA CALDERÓN, actuando a través de apoderada judicial, el 11 de octubre del 2007³, interpuso acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el DEPARTAMENTO DEL GUAINÍA, con la finalidad que se estimaran las siguientes:

1. Pretensiones⁴

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 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 307-312 del cuaderno 1.

³ Folio 1 del cuaderno 1.

⁴ Folio 3-4 ibídem.

La parte accionante solicita que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 248 del 14 de marzo de 2007 y 713 del 8 de junio del 2007, por las cuales las desvinculan y se declara la vacancia del cargo, proferidas por el Gobernador del Guainía.

Así mismo, que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reintegrar a BLANCA AZUCENA VEGA CALDERÓN en el mismo cargo que venía desempeñando, en idénticas condiciones a las que tenía al momento de su desvinculación, o en otro igual o superior categoría.

Igualmente, requiere que se condene a la entidad demandada al pago de los salarios, primas, reajustes y demás emolumentos que la demandante dejó de percibir, desde la fecha de su desvinculación y hasta que se produzca el reintegro. Declarándose para el efecto 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.

De igual forma, solicita el reconocimiento y pago de perjuicios morales causados con su desvinculación, habida cuenta de la aflicción emocional que se le causó con la misma.

Por otra parte, 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. De igual modo, que se ordene al DEPARTAMENTO DEL GUAINÍA cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y, que se condene en costas a la entidad demandada.

2. Hechos⁵

Manifiesta el apoderado de la señora BLANCA AZUCENA VEGA CALDERÓN que fue vinculada como funcionaria de la Comisaría Especial del Guainía, mediante Resolución 302 de 1990, a partir del 01 de julio de ese año.

Indica que al realizarse la reestructuración administrativa en el DEPARTAMENTO DEL GUAINÍA fue incorporada a la planta de personal como profesional universitario código 340, grado 04, mediante el Decreto 0518

⁵ Folios 4-5 *ibídem*.

del 29 de noviembre del 2002 y posesionada mediante la Resolución 1052 de la misma fecha.

Señala que mediante la Resolución 0127 del 27 de septiembre del 2007, fue comisionada para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, como Secretaria de Despacho código 020, grado 04.

Sostiene que, mediante Decreto 1849 del 19 de diciembre del 2006, la Administración Departamental le concedió cinco (05) días hábiles de tiempo vacacional aplazado a la demandante, indicándole que su reintegro se llevaría a cabo el 09 de enero del 2007.

Mediante comunicación TH 0678, el profesional de Talento Humano le manifiesta a la demandante que podría disfrutar de nueve (09) días hábiles adicionales al tiempo vacacional, a partir del 09 de enero de 2007.

Agrega que, a través del Decreto 0565 del 29 de diciembre del 2006, el gobernador del Departamento terminó la comisión establecida mediante Decreto 0127 de 27 de septiembre del 2007, el cual solo fue concedido por la actora al momento de hacerse la entrega de la copia simple de la hoja de vida, esto es agosto de 2007, toda vez que, nunca le fue notificado, habida cuenta que no existe prueba en la hoja de vida.

Informa que ante algunas dolencias sufridas por la demandante se vio obligada a acudir al servicio de salud, primero en la ciudad de Bogotá y luego en la ciudad de Inírida, donde ante la falta de prestación del servicio por parte de EPS Solsalud, derivado del argumento de no estar incluida en la base de datos, debió acudir al servicio de su propio peculio, y posteriormente desplazarse a la ciudad de Bogotá, donde fue atendida por la especialidad de neurología.

Cuestiona que pese a haber informado oportunamente al Departamento del Guainía de sus afectaciones médicas, las cuales le había obligado a trasladarse a la ciudad de Bogotá para recibir atención y haber probado su permanencia en esa ciudad recibiendo tratamiento médico, la Gobernación del Guainía haciendo caso omiso de estas pruebas, expide la Resolución 248 del 14 de marzo de 2007, desvinculando a la demandada a partir del 14 de febrero de 2007, y declarando la vacancia del cargo del profesional universitario código 219, grado 05 de la planta global del Departamento del Guainía. Hecho que le fue comunicado a la demandante hasta el 09 de abril del 2007 cuando regresó de las incapacidades.

Expone que la resolución fue recurrida por la demandante, demostrándole a la administración que había probado la justificación de inasistencia al trabajo. Así como, puso en conocimiento de la administración, las irregularidades en las que habría incurrido en el proceso de expedición y ejecutoria del acto. Recurso que fue resuelto mediante la Resolución 713 del 08 de junio de 2007, notificada al apoderado judicial de la demandante el 14 de junio de 2007, negando lo solicitado.

3. Normas violadas y concepto de violación

Se señalan como fundamentos normativos de la presente acción⁶, los siguientes:

- Constitución Política: artículos 2, 6, 13, 25, 29, 53, 58, 125 y 209;
- Ley 909 de 2004: literal i del artículo 41;
- Ley 58 de 1982;
- Código Contencioso Administrativo: artículos 3, 14, 28, 34, 35 y 44;
- Decreto 2400 de 1968;
- Decreto 1950 de 1973.

Los motivos de nulidad expuestos por la parte actora, están divididos en los siguientes temas a tratar:

i) Falsa motivación de los actos administrativos

Sostiene el apoderado de la actora que de los elementos para abandono de cargo únicamente puede indicarse que exterioriza la deserción material del lugar de trabajo, puesto que, los demás son producto del hecho mismo de la enfermedad que aqueja a la señora Vega y que obligaron a que fuese remitida a la ciudad de Bogotá. En ese entendido, no fue voluntad de la señora Vega ausentarse del sitio de labores, pues la misma se produce ante la necesidad apremiante de cuidar un bien al que racionalmente toda persona dará prioridad - su salud -.

Expone que de manera equivocada entiende la entidad territorial que la única forma válida para acreditar la ausencia del sitio de trabajo es la incapacidad expedida por la EPS correspondiente, pues para esta, las certificaciones expedidas por el médico tratante no tienen ninguna validez, a pesar que no

⁶ Folios 5-25 *ibídem*.

todo tratamiento médico comporta, de por sí, una incapacidad para laborar ni hospitalización o internación en establecimientos. Sin embargo, omitirlos sería desconocer el valor probatorio que tienen los llamados documentos los cuales no fueron objeto de censura ni sé acreditó por parte de la demandada que fuesen falsos o apócrifos y que, por ende, poseen la fuerza vinculante para acreditar la ausencia justificada del sitio de trabajo.

Agrega que, la aplicación de plano de una sanción sin conceder el derecho de contradicción al afectado vulnera en forma directa el derecho al debido proceso, porque toda persona tiene derecho a que antes de ser sancionada se adelante el procedimiento mínimo que incluya la garantía de su derecho.

ii) Infracción de normal superior

Cuestiona que la administración departamental considerara que la señora Vega Calderón no acreditó de manera justificada su ausencia de labores desde el día 14 de febrero y hasta el 19 de febrero del 2007 haciendo caso omiso de la comunicación enviada vía fax el 14 de febrero con sus respectivos anexos (autoridades de servicios especializados por neurología del 8 de julio del 2007 incapacidad laboral, copias de los procedimientos médicos ordenados por los médicos tratantes, remisión a neurología, fisioterapia, Tac cerebral y valoración neurológica todas de fecha 13 de febrero del 2007), reiterada el día 23 del mismo año y mes. Así como, las comunicaciones con sus anexos de los días 5 y 27 de marzo del 2007 tratando de hacer ver que solamente las incapacidades laborales expedidas por la EPS son las únicas que justifican válidamente la ausencia.

Indica que la expedición de un acto administrativo con efectos retroactivos vulnera el principio de irretroactividad de las leyes y normas presente en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, establece la Resolución 248 del 14 de marzo del 2007, objeto de censura, que se desvincula la señora Vega desde el 14 de febrero del 2007 dando efectos retroactivos a un acto que solo puede regir hacia futuro desconociendo con ello la regla general de la irretroactividad entendida como el fenómeno según el cual la ley y los actos administrativos rigen todos los hechos y actos que se producen a partir de su vigencia.

Concluye que la situación jurídica que regula la Resolución 248 de marzo del 2007 solo podía producir efectos a partir de la fecha en que efectivamente adquiriera firmeza y las situaciones subjetivas anteriores a esta no pueden ser objeto de modificaciones, por lo que no es lógico establecer que la vacancia

del cargo se declarara a partir del 14 de febrero del 2007, cuando temporalmente nos encontramos ante derechos particulares y concretos radicados en cabeza de la señora Vega Calderón a esa fecha.

iii) Desconocimiento de las normas que establecen la firmeza de los actos administrativos

Señala que de la lectura del artículo 62 del Código Contencioso Administrativo se advierte que la firmeza de los actos administrativos solo se predica en las situaciones que se establecen en este. No obstante, la administración departamental, haciendo caso omiso, de manera consciente, ha decidido vulnerar el debido proceso y el derecho al trabajo de la señora Vega Calderón al dar efectos inmediatos a la Resolución 248 de marzo 14 del 2007 sin esperar a que los recursos que ella misma concedió puedan ser resueltos.

Sostiene que la entidad accionada no tuvo en cuenta el carácter suspensivo del recurso y desconoció la parte resolutive de la resolución, que establece que las disposiciones allí contenidas surtían efectos una vez quedara ejecutoriada.

Manifiesta que si la decisión no adquiere firmeza hasta tanto no se hubiese resuelto los recursos, mucho menos las adquirirá si en el término para interponer estos no se había surtido, cómo ocurre en el presente caso. Por lo que, se vulneraron los derechos a percibir puntualmente la remuneración fijada o convenida para el respectivo cargo o función de los meses de febrero y marzo de 2007 a la demandante sin que exista causa legal para ello.

iv) Desvío de poder

Expresa que la expedición del acto de vacancia de manera injustificada se produce con el ánimo de retaliación en contra de la señora Vega Calderón por las declaraciones que dio a un medio periodístico de emisión masiva, la que fueron tomadas por el gobernador como un ataque a su persona, habida cuenta de la inhabilidad que impide que legalmente pueda ejercer el cargo esto es la condena por delito doloso.

Resalta que si bien para la administración, la supuesta dejación del cargo lo hace la señora Vega a partir del día 14 de febrero del 2007; solamente hasta el 14 de marzo de 2007 un mes después expide el acto de desvinculación, luego que ha sido entrevistada por el canal RCN de televisión y ha manifestado públicamente lo que establecen las normas en tratándose de inhabilidades. Lo

que fue tomado por el gobernador del departamento como un ataque personal, produciéndose el acto de desvinculación sin tener en cuenta los documentos presentados a fin de justificar la ausencia del sitio de trabajo.

4. contestación de la demanda.

Encontrándose dentro del término legal, el apoderado de la entidad accionada contestó la demanda⁷, oponiéndose a todas las pretensiones presentadas por la parte demandante, toda vez que el departamento del Guainía considera que el acto administrativo atacado por el demandante Resolución 248 de marzo 14 de 2007 "*por la cual se declara la vacancia del cargo*", ratificado por la Resolución 713 de junio 8 de 2007, se encuentran ajustados a la Constitución, a la ley, a las normas reglamentarias, y a los hechos que le sirvieron de causa. Teniendo en cuenta que fue proferido por autoridad competente, cómo es el gobernador del Guainía, conforme a las competencias constitucionales establecidas en el artículo 303, mediando causa legal con fundamento en normas reglamentarias que rigen la función pública o las situaciones administrativas de los servidores públicos, en concordancia con la interpretación reiterada jurisprudencialmente por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Agrega que la Resolución 248 de marzo 14 de 2007 proferida por el gobernador del Guainía se sustenta en la ley, tal como se menciona en la parte considerativa de la misma. Igualmente, se basa en los bienes protegidos y funciones del Estado y de la función pública y, en esa medida es un acto administrativo legítimo, pues no es producto de arbitrariedad.

Conforme lo anterior, considera que la señora Blanca Azucena Vega Calderón se ausentó del servicio por más de tres (03) días y, además, una vez ocurrió el vencimiento del permiso concedido mediante la Resolución 1849 de diciembre 19 de 2006, no se reintegró al servicio. Preceptos legales, hechos, conductas y circunstancias que lo causaron, tal como se menciona en la parte considerativa de los mismos.

Cuestiona que los motivos de la inasistencia fueran causas médicas, puesto que los artículos 157, 172 y 206 de la Ley 100 de 1993, establecen que las incapacidades médicas deben ser reconocidas o convalidadas por la EPS en que está afiliado el trabajador, pues durante el tiempo de la enfermedad el empleador no está obligado a pagar sueldo, conforme con el Decreto 1647 de

⁷ Folios 69-74 *ibidem*.

1967 artículos 1 y 2. Así las cosas, una vez requerido por el Departamento de Guainía a la EPS Solsalud, a la cual se encuentra afiliada la señora, informa mediante oficio 162-163 de marzo 12 de 2007 que le fueron autorizadas las incapacidades: i) 197721 que va del 12 de enero de 2007 al 19 enero de 2007 y ii) 197460 que va del 20 de febrero de 2007 al 5 de marzo de 2007.

Concluye que el periodo de tiempo entre el 20 de enero al 19 de febrero de 2007 no tiene convalidación de incapacidad; por tanto, no existe, conforme a la normatividad vigente causa justa para los ausentado del cargo por un mes. Por lo que, al finalizar su tratamiento médico, Blanca Azucena Calderón debió presentarse a su sitio de trabajo como debe hacer todo servidor público responsable de sus deberes para con la comunidad, o solicitar una licencia para ausentarse del cargo.

Considera que la señora Blanca Susana Vega Calderón mostró una actitud caprichosa y displicente respecto de su ausencia al cargo y de sus funciones y, además, se mantuvo renuente a recibir comunicación o a notificarse de la Resolución 248 de marzo 14 de 2007, aun cuando conocía de todos ellos cómo se puede colegir del poder suscrito por ella y conferido a su abogado defensor el 26 de marzo de 2007 ante la notaría 12 Bogotá.

III. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Villavicencio, mediante providencia calendada el 28 de febrero del 2014⁸, accedió a las pretensiones de la demanda; la anterior decisión se tomó con fundamento en las siguientes consideraciones:

Señaló el *a quo* que del estudio que se hace al material probatorio obrante en el proceso se destaca que a la demandante, el día 19 de diciembre de 2006, a través de la Resolución No. 1849, le concedieron el disfrute de un tiempo vacacional de cinco (05) días que se le había aplazado, con los que debía disfrutar hasta el 8 de enero de 2007, es decir, debía reintegrarse el día 9 de enero de 2007. Sin embargo, a través del oficio TH-0678 del 20 de diciembre de 2006, le concedieron nueve (09) días compensatorios, contados a partir del 9 de enero de 2007, debiendo reintegrarse a sus labores el día lunes 22 de enero de 2007.

⁸ Folios 292-306 *ibídem*.

Indica que, de las pruebas arrimadas al proceso, tenemos que el motivo por el cual la señora Blanca Azucena Vega Calderón no se reintegró a su sitio de trabajo una vez se cumplió su periodo vacacional aplazados, que le habían concedido mediante Resolución No. 1849 del día 19 de diciembre de 2006, surgió con ocasión de las sucesivas incapacidades médicas que tanto en el municipio de Inírida como en la ciudad de Bogotá se le otorgaron por su estado de salud.

Considera que, por deficiencia probatoria, no es posible señalar que el documento médico fechado a 22 de febrero de 2007, justifique válidamente la no concurrencia del accionante a su lugar de trabajo durante los días 14 al 19 de febrero de 2007, motivo por el cual fue declarado el abandono de cargo y vacancia del mismo.

Sostiene que, el abandono del cargo supone que la autoridad nominadora declara la vacancia del empleo previo los procedimientos legales, es decir, que la configuración de la causal por sí sola no basta, sino que debe estar procedido de un procedimiento que establece la ley, y dicho procedimiento no es otra cosa que con la finalidad de garantizar el derecho de audiencia y de defensa del empleado.

Advierte que en el presente caso no se encuentra que exista un procedimiento en norma alguna especial para la declaratoria de abandono del cargo. Es por ello que, ante la ausencia de norma específica, debe recurrir a la norma general establecida en el artículo 1 del Código Contencioso Administrativo.

Deduce que, si bien es cierto, la entidad emitió dos (02) comunicaciones tendientes a requerir a la demandante para que informará, por una parte, los motivos del no reintegro a sus labores, y por la otra, que debía convalidar las incapacidades médicas allegadas por parte de la EPS; no está acreditado que las mismas se hubieran entregado o notificado a la misma.

Concluye que el hecho de que la entidad cuenta con cierta libertad de adelantar un procedimiento, así sea sumario, tendiente a declarar el abandono de cargo público y vacancia del mismo, ello no es motivo para desconocer los mínimos de garantías del debido proceso y dentro de él, el derecho de ausencia y defensa, los cuales, fueron desconocidos al expedir la Resolución No. 248 de 14 de marzo de 2007, sin haber previamente dado la oportunidad de explicar, informar o allegar pruebas a la demandante. En consecuencia.

Bajo las anteriores consideraciones los actos administrativos que concluyeron con la declaratoria de vacancia del cargo ocupado por la demandante, esto es las Resoluciones No. 248 del 14 de marzo de 2007 y siete 13 del 8 de junio de 2007 deben declararse nulas, al haber sido expedidas con desconocimiento del debido proceso, así como, de los derechos de contradicción y defensa.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la apoderada de la entidad demandada, interpuso en forma oportuna recurso de apelación⁹ contra el fallo proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Villavicencio, en los siguientes términos:

La parte accionada indica que las actuaciones surtidas por el departamento siempre se dieron con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio de la entidad; empero la funcionaria en ningún momento cooperó con la administración, no atendió los requerimientos que se le hicieron con el fin de que justificara su presunta imposibilidad de reintegrarse a su cargo.

Expone que las pruebas allegadas al proceso dan cuenta que la hoy demandante, aun conociendo la situación presentada, fue reticente al proceso que estaba adelantando la entidad territorial, cuando esta última fue evidentemente garantista de los derechos de la funcionaria. Pues dentro del plenario está demostrado que incluso oficiosamente consiguió los soportes para justificar algunos días de ausencia de la titular del cargo y tuvo en cuenta documentos que no serán vinculantes por no cumplir con los requisitos plenos.

Agrega que, el *a quo* debió analizar que nadie puede alegar su propia culpa ni beneficiarse de ella en aplicación del principio *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. No obstante, accedió a pretensiones cuando fue la misma accionante la que no allegó los soportes que permitían determinar la justa causa del abandono del cargo.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicita que se revoque la decisión de primera instancia proferida por el *a quo*. Teniendo en cuenta los planteamientos expuestos en el recurso y en su lugar negar las pretensiones de la demanda

⁹ Folios 307 a 312 cuaderno principal.

V. TRÁMITE PROCESAL

Mediante proveído del 23 de julio de 2014¹⁰, 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 12 de septiembre de 2014¹¹ se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, oportunidad dentro de la cual la parte accionante reiteró los argumentos expuestos en las anteriores etapas procesales (fls. 6-8 del cuaderno 2 de segunda instancia). Por su parte, la parte accionada y el Ministerio Público guardaron silencio.

Las partes mediante memorial del 4 de mayo del 2018¹² solicitaron tramitar la conciliación extrajudicial allegada entre estos, aportando el acta del Comité de Conciliación del Departamento del Guainía. Razón por la cual, a través de auto del 25 de junio del 2018¹³, el Tribunal Administrativo Sala Transitoria remitió el expediente para que se resolviera sobre la solicitud de conciliación elevada.

Una vez remitido y repartido el proceso de referencia, según auto del 16 de octubre del 2018¹⁴, el Tribunal Administrativo del Meta avocó conocimiento en el presente asunto y requirió a las partes para que allegaran el original del documento.

Luego de remitido el documento y efectuada la audiencia de conciliación en las fechas 23 de enero del 2019¹⁵ y 06 de marzo del 2019¹⁶, mediante auto del 27 de agosto de 2019¹⁷, el Tribunal Administrativo del Meta resolvió improbar la conciliación judicial celebrada entre las partes, al encontrar incongruencia en los valores pactados y que debían ser cancelados a la accionante como consecuencia del acuerdo allegado por las partes.

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

VI. CONSIDERACIONES

¹⁰ Folio 3 del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folio 5 ibídem.

¹² Folio 22 ibídem.

¹³ Folio 33 ibídem.

¹⁴ Folio 42 ibídem.

¹⁵ Folios 78-80 ibídem.

¹⁶ Folios 113-114 ibídem.

¹⁷ Folios 179-184 ibídem.

1. Competencia.

Es competente este Tribunal para resolver el recurso de alzada interpuesto contra la sentencia del 28 de febrero del 2014 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial 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 viciadas de nulidad las Resoluciones 248 del 14 de marzo de 2007 y 713 del 8 de junio del 2007, por las cuales se declaró la vacancia permanente del empleo que ocupaba la señora BLANCA AZUCENA VEGA CALDERÓN por violación al debido proceso, al presuntamente no haberse garantizado el derecho de contradicción y defensa de la misma, como lo señaló el *a quo*, o si, por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a la ley como lo señala la parte accionada.

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

3. Caducidad

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 Resolución 248 del 14 de marzo del 2007¹⁸ mediante la cual se declaró la vacancia por abandono de cargo por parte de la accionante y la Resolución 713 del 8 de junio del 2007¹⁹ por la que le resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto señalado, siendo notificada el 14 de junio del 2007²⁰, entonces, es esta fecha a partir de la cual comienza a correr el término de caducidad de cuatro (4) meses para acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa de que trata el artículo transcrito.

De igual modo, se advierte que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, según constancia de reparto²¹, fue radicada el día el 11 de octubre del 2007 cuando aún se encontraba dentro del término legal para interponer la acción, faltando tres (3) días para su fenecimiento.

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 señala lo siguiente:

“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:

¹⁸ Folios 41-46 del cuaderno de primera instancia.

¹⁹ Folio 47-58 *ibídem*.

²⁰ Folio 59 *ibídem*.

²¹ Folio 1 *ibídem*.

"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 Estado²² 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."

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."

²² 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.

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.

Por lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-1189 de 2005²³ valoró el abandono del cargo como una causal autónoma administrativa, que puede concurrir con la respectiva investigación disciplinaria, al señalar:

“Lo anterior evidencia varias cuestiones. La primera de ellas, que si bien no ha sido estipulado un procedimiento específico que constituya una garantía ineludible del debido proceso en la declaratoria de vacancia del empleo por abandono del mismo, sí es claro que la autoridad competente para proceder en tal sentido, se encuentra en la obligación de respetar las garantías inherentes a dicho derecho fundamental. De otra parte, evidencia que el retiro del servicio por abandono del empleo no excluye ni hace inviable el proceso disciplinario, antes bien, indica que la autoridad competente debe iniciarlo, a fin de que dentro de éste último, se establezca la responsabilidad disciplinaria del servidor, en tanto que la conducta de abandono del cargo está consagrada en el Código Disciplinario Único como una falta gravísima²⁴.”

En ese mismo sentido, el Consejo de Estado²⁵ determinó que el abandono injustificado del servicio comporta efectos autónomos administrativos y difiere de los disciplinarios, al exponer:

²³ La Sala Plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto en sentencia C-1189/05 del veintidós (22) de noviembre de dos mil cinco (2005).

²⁴ La Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) consagra dentro de las faltas gravísimas (Artículo 48), entre muchas otras “55. El abandono injustificado del cargo, función o servicio.”

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Bogotá, en auto de unificación del veintidós (22) de septiembre de dos mil cinco (2005) para el proceso de radicación número: 11001-03-25-000-2003-00244-01(2103-03).

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

(...)

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.”

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.

Se advierte que la demanda está fundamentada en tres presupuestos: i) la falsa motivación, ii) vulneración del derecho al debido proceso y iii) desviación de poder; respecto del primero y el tercero no prosperaron por falta de elementos probatorios. No obstante, el *a quo* declaró la nulidad de los actos administrativos cuestionados debido a la vulneración al debido proceso

Postura reiterada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla, en sentencia del diecinueve (19) de enero de dos mil seis (2006) para el proceso de radicación número: 25000-23-25-000-2001-01208-01(3403-04).

en el trámite llevado a cabo por el ente territorial; toda vez que no se le había respetado el derecho de defensa y contradicción del accionante.

En desacuerdo con la postura del *a quo*, la entidad demandada refutó la sentencia de primera instancia y señaló que la situación administrativa de vacancia por abandono de cargo se presenta por el simple hecho de haber transcurrido tres (03) días sin que el funcionario acudiera al cumplimiento de sus funciones; adicionalmente, que no es posible que la demandante alegue su propia culpa, cuando en diferentes ocasiones se negó a notificarse del proceso de verificación de sus incapacidades.

Al respecto, 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.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. (...)”

La causal invocada, fue estudiada en sentencia C-1189 de 2005²⁶ la cual declaró exequible el literal i) señalado, en el entendido de que la entidad debe garantizar el derecho al debido proceso, otorgándole al funcionario la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción, exponiendo:

“De otra parte, y específicamente en lo que hace relación con los procedimientos administrativos, es necesario precisar que el derecho con que cuentan los ciudadanos, relativo a la posibilidad de controvertir las decisiones que se tomen en dicho ámbito es consubstancial al debido

²⁶ La Sala Plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto en sentencia C-1189/05 del veintidós (22) de noviembre de dos mil cinco (2005).

proceso. Si bien ambas son garantías que se derivan del principio de legalidad, son dos caras de la misma moneda, esto es, mientras que el derecho a cuestionar la validez de las decisiones funge como garantía posterior, las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso, tales como (i) el acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia; (ii) el acceso al juez natural; (iii) la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa (con los elementos para ser oído dentro del proceso); (iv) la razonabilidad de los plazos para el desarrollo de los procesos; y, (v) la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces y autoridades, son elementos que deben ser garantizados durante el desarrollo de todo el procedimiento, y apuntan, principalmente, a brindar garantías mínimas previas. En efecto, los elementos del debido proceso arriba enumerados buscan garantizar el equilibrio entre las partes, previa la expedición de una decisión administrativa. Por el contrario, el derecho a cuestionar la validez de la misma, hace parte de las garantías posteriores a la expedición de la decisión por parte de la autoridad administrativa, en tanto cuestiona su validez jurídica.

De esta manera, la posibilidad de control de un acto administrativo, mediante los recursos de la vía gubernativa y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, parte del presupuesto de que al interesado se le ha permitido ejercer su derecho de defensa, al otorgársele la oportunidad de ser oído, aportar pruebas y controvertir las que le resulten adversas. Así pues, la posibilidad de recurrir y/o apelar e incluso de acudir a la jurisdicción, no puede confundirse con las garantías inherentes al debido proceso y al derecho de defensa, sino que dichas oportunidades cumplen, en estos casos, una función de verificación de validez de lo que fundamentó una decisión administrativa.

(...)

Estas garantías propias del derecho fundamental al debido proceso tienen una importancia enorme en el caso de retiro del servicio por abandono del cargo de los empleados de libre nombramiento y remoción, si se tiene en cuenta que el acto administrativo mediante el cual dicha desvinculación se produce no requiere ser motivada, lo cual imposibilita al empleado afectado controvertir la validez de la decisión mediante el agotamiento de los recursos de la vía gubernativa. No menos vital resulta, sin embargo, el respeto de las garantías enunciadas en el caso del retiro del servicio de los empleados de carrera, pues si bien esta resolución necesariamente debe estar motivada de manera suficiente y adecuada, se trata de una decisión que afecta directamente la estabilidad laboral reforzada con la que cuentan estos empleados en condición de tales. Por lo anterior, la administración debe adelantar el procedimiento correspondiente y, eventualmente, expedir

el acto administrativo de desvinculación, sin desconocimiento de los derechos de contradicción y defensa del empleado afectado.”

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional dio prevalencia a la garantía del derecho al debido proceso sobre la exegesis del literal i) del artículo 41 de la Ley 909 del 2004, exponiendo que debido a la gravedad de las consecuencias que conlleva la causal señalada, se debe garantizar los derechos de defensa y contradicción del funcionario previamente a la expedición del acto que declare la vacante del cargo por abandono. Al exponer:

*“En efecto, si bien la medida administrativa de retiro del servicio por abandono del cargo no configura una medida sancionatoria, dadas las diferencias puestas de presente en esta providencia, la gravedad de las consecuencias que se desprenden de dicha medida, hace indispensable que el funcionario cuente con las garantías del debido proceso (defensa y contradicción), **previa** expedición del acto administrativo de retiro del servicio. De esta manera, estima esta Corporación que los controles posteriores que pueda ejercer el funcionario, resultan insuficientes para garantizar el respeto de su derecho fundamental al debido proceso.*

*Como conclusión surge, pues, que cualquiera que sea el ámbito al que se refiera una causal de retiro, y con el fin de garantizar los principios generales de estabilidad y de carrera administrativa consagrados en la Carta, así como el respeto de los derechos fundamentales de aquellos empleados que no hagan parte del régimen de carrera, es preciso garantizar un debido proceso que excluya la arbitrariedad y brinde al funcionario la oportunidad de controvertir las razones de su eventual desvinculación, **antes** de que ésta se produzca.*

(...)

Declarar EXEQUIBLE el literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.”

En ese orden de ideas, dicha corporación tomó medidas preventivas que permitieran excluir la decisión de vacancia por abandono de cargo de una eventual arbitrariedad, permitiéndole al funcionario controvertir las circunstancias de la posible desvinculación.

Así las cosas, diferenció la garantía del debido proceso frente a la interposición de recursos respecto de los actos administrativos por los cuales se declaró la vacancia por abandono de cargo del trámite que debe surtir en garantía de los derechos de defensa y contradicción previo al procedimiento de los actos administrativos objeto de debate en el proceso contencioso administrativo.

Por ende, pese a tener claridad de la obligación de la administración de garantizar el debido proceso del funcionario del que se predica la presencia de la causal de vacancia por abandono de cargo, no se advierte en la Ley 909 del 2004 un procedimiento establecido para llevar a cabo el trámite del que hace referencia la Corte Constitucional, por lo cual, es necesario remitirse a la norma general del Código Contencioso Administrativo, que señala:

“Artículo 28. Deber de comunicar. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

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

En ese entendido, la administración deberá adelantar un procedimiento expedito, por lo que tiene el deber de comunicar a los afectados del inicio de la actuación administrativa, de conformidad con los artículos 14 y 15 del C.C.A., los cuales indican:

“Artículo 14. Citación de terceros. Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacer parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz.

En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del petionario y el objeto de la petición.

Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que trata el artículo siguiente.

Artículo 15. Publicidad. Cuando de la misma petición aparezca que terceros no determinados pueden estar directamente interesados o resultar afectados con la decisión, el texto o un extracto de aquélla que permita identificar su objeto, se insertará en la publicación que para el efecto tuviere la entidad, o en un periódico de amplia circulación nacional o local, según el caso."

Entonces, se advierte que el *a quo* declaró la vulneración al debido proceso administrativo por la falta de notificación en los términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo, aunque, es de aclarar que confunde la notificación expedita del que hace referencia la Corte Constitucional con la de los actos administrativos definitivos, puesto que sostiene que era necesario notificar previamente de forma personal y en caso de no lograrse deberá realizarse por edicto.

En resumen, 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 OJC No. 0107 del 28 de febrero del 2007²⁷ dirigido a la señora Blanca Azucena Vega Calderón en el que el Jefe de la Oficina Jurídica de Contratación del Departamento del Guainía le solicita informar el motivo por el cual no se había presentado a las labores del cargo.

Del documento se avizoran dos constancias, la primera de un recibido por parte de "*Andrea Ramirez*", en nombre de la Oficina de Talento Humano de la entidad, de fecha 02 de marzo del 2007 y la segunda exponiendo: "*la hija no*

²⁷ Folio 83 del cuaderno de primera instancia.

me quiso recibir diciendo que no se encontraban en la casa que se habían ido para (...)"; lo que permite deducir que el oficio no fue comunicado a la señora Blanca Azucena Vega Calderón.

Por otro lado, se observa el oficio TH-042 del 30 de enero del 2007²⁸ dirigido por la Oficina de Talento Humano a la señora Blanca Azucena Vega Calderón en el que le solicitan que las incapacidades deben estar convalidadas por la EPS, por la que le dan un tiempo máximo de 5 días a partir del recibo del oficio. No obstante, se encuentran tres notas: i) no me quiso recibir, ii) no está en la casa hora: 10:15 a.m., y iii) no está en la casa (2:50 p.m.).

Sobre el tema, no tiene coherencia que el notificador de la entidad acudiera en dos momentos más – tres veces –, a entregar el oficio, si en la primera ocasión la accionante se abstuvo recibir la comunicación, en vez de buscar otro tipo de notificación para ponerle en conocimiento de la solicitud de convalidación de las incapacidades. Por ende, se deduce que la ocasión en la que presuntamente la accionante se abstuvo de recibir la comunicación, en realidad fue una tercera persona quien no quiso recibirla, por lo que, finalmente nunca fue notificada.

Ahora bien, pese a que la entidad no pudo comunicar el oficio, tampoco le dio trámite a lo dispuesto en el artículo 15 citado, puesto que no se observa que se haya efectuado la publicación del inserto del oficio en un periódico de alta circulación local – *del lugar donde laboraba* –, por lo que en principio queda probada la irregularidad alegada por la parte actora y argumento central del *a quo* para acceder a las pretensiones.

Sin embargo, la entidad profirió la Resolución No. 248 del 14 de marzo del 2007²⁹, por la que ordena la desvinculación de la señora Blanca Azucena Vega Calderón y se declara la vacancia del cargo, siendo notificado en primer lugar por edicto del 27 de marzo del 2007³⁰. No obstante, la demandante se notificó personalmente del acto el 11 de abril del mismo año³¹.

Contra el anterior acto, la accionante interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. 713 del 8 de junio de 2007³², en el

²⁸ Folio 917 del cuaderno de hoja de vida No. 4.

²⁹ Folios 33-37 del cuaderno de primera instancia.

³⁰ Folio 46 *ibídem*.

³¹ Folio 38 *ibídem*.

³² Folios 47-58 *ibídem*.

que el departamento del Guainía decidió no reponer la resolución cuestionada. Acto que fue notificado personalmente el 14 de junio del 2007³³.

Así, se observa que pese a no haberse comunicado a la hoy accionante sobre el inicio de la actuación administrativa respecto del presunto abandono de cargo, la entidad expidió el acto por el cual declaraba la vacancia del cargo razón por la que el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda. Sin embargo, las irregularidades procesales no son causales autónomas y suficientes para declarar de plano la nulidad de un acto administrativo, por ello debe estudiarse si la vulneración al debido proceso tiene relevancia frente a la decisión de la entidad, diferenciando dos circunstancias:

La primera, cuando sustancialmente se evidencia que la parte tiene el material probatorio necesario para demostrar las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito por las que no pudo presentarse dentro del lapso señalado a ocupar el cargo y continuar con sus funciones; hecho en el que es plenamente relevante que se le hubiera otorgado el término de defensa en el que podría eventualmente allegar las pruebas pertinentes.

Por el contrario, pierden relevancia los yerros procesales cuando se estudia el supuesto de haberse otorgado el término para que el empleado ejerciera su derecho de defensa y, a su vez, no tenga los elementos necesarios de prueba que contradigan elementos objetivos, como son las circunstancias de la inasistencia a efectuar sus funciones, lo que en este caso correspondería a la ausencia de incapacidades por todo el término en el que estuvo ausente el empleado.

Lo anterior se puede deducir, de un caso en el que el Consejo de Estado³⁴ se pronunció sobre la indebida notificación de una persona respecto del acto que resolvía el recurso de reconsideración, indicando que:

“De esta manera, la ausencia de prueba del recibo del aviso de citación en la dirección de notificación, constituye una irregularidad en el procedimiento para surtir la notificación personal del recurso de reconsideración; sin embargo, esta situación por sí sola no hace procedente la anulación de la actuación pues, como lo ha indicado la Sala, la falta de notificación o la notificación irregular de los actos administrativos, no es

³³ Folio 59 *ibídem*.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, en sentencia del doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015), para el proceso de radicación número: 66001-23-33-000-2012-00157-01 (20259).

causal de nulidad de los mismos, sino un requisito de eficacia y oponibilidad.”

En ese caso, el Consejo de Estado reconoció que había una irregularidad en la notificación que podría vulnerar el debido proceso del accionante. Sin embargo, dicha omisión no generó ningún efecto negativo sustancial, puesto que, la parte finalmente se había enterado por conducta concluyente, además, porque por sí sola no es una causal de nulidad sino un requisito de eficacia y oponibilidad.

En otro caso, el Consejo de Estado³⁵ dio, igualmente, prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal, esta vez, frente a una solicitud probatoria en un proceso contractual, en el que resolvió:

*“EN SEGUNDO LUGAR y aún en el evento hipotético de que efectivamente CONPRE hubiera solicitado **el decreto de pruebas** y el IBAL no se hubiese pronunciado, tal situación no ocasionaría el efecto buscado, debido a que las normas procedimentales administrativas y rectoras de los recursos gubernativos, enseñan que el recurso de reposición, entre otros, debe resolverse de plano, hecho que excluye la práctica de pruebas. (...)*

*La Sala observa que si bien el artículo 52 *ibídem*, sobre los requisitos de la interposición de los "recursos" en vía de gubernativa prevé que en el escrito debe hacerse la relación de las pruebas que se pretende hacer valer (**numeral 3**) ello significa, al hacer la integración normativa, que se detallaran las pruebas que se practicaron en la actuación administrativa y que se estiman útiles para lo que se busca.”*

En ese caso, si bien no existió pronunciamiento por parte del IBAL en el recurso de reposición, bien sea valorando o informando por que no se iban a estudiar las pruebas solicitadas. Al no proceder una etapa probatoria, el Consejo de Estado dio por válida la actuación de la entidad.

Es de resaltar que los anteriores presupuestos se encuentran fundamentados bajo el principio constitucional de *la primacía de la realidad sobre las formalidades*³⁶ del derecho sustancial sobre el procedimental, por lo que el

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, en sentencia del veintisiete (27) de noviembre de dos mil tres (2003), para el proceso de radicación número: 73001-23-31-000-1995-04431-01(14431).

³⁶ Constitución Política de Colombia, **artículo 228**. *“La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca*

cuestionamiento que se debe hacer en los casos donde puede verse vulnerado el debido proceso radica en si aun respetándose los términos procesales la causal de retiro del servicio se presenta, con el fin de tomar una decisión de fondo y ajustada a derecho.

Para el análisis referido, se advierte el oficio TH-0678 del 20 de diciembre del 2006³⁷ mediante el cual el departamento del Guainía le reconoció a la actora cinco (05) días hábiles por concepto de vacaciones del periodo laborado en el año 2005 y cuatro (04) días hábiles por el laborado en el 2006, para un total de nueve (09) días hábiles de vacaciones que disfrutaría a partir del 9 de enero del 2007.

Encontrándose dentro del término de disfrute de las vacaciones la funcionaria presentó quebrantos de salud que desencadenó en el reconocimiento de varias incapacidades, en los siguientes periodos:

INICIO	TERMINA	FOLIO	CONVALIDADA
12/01/2007	19/01/2007	968 y 926 hoja de vida No. 4	197701
24/01/2007	29/01/2007	1043 ibídem	
31/01/2007	02/02/2007	1042 ibídem	
05/02/2007	06/02/2007	1045 ibídem	
20/02/2007	05/03/2007	1021 ibídem	197460
27/02/2007	08/03/2007	972 ibídem	
06/03/2007	17/03/2007	992 ibídem	197509
20/03/2007	29/03/2007	991 ibídem	197422
21/03/2007	30/03/2007	990 ibídem	

De lo anterior, se puede deducir que entre la fecha que inició las vacaciones y la primera incapacidad habían pasado tres (03) días hábiles, suspendiéndose en principio las vacaciones de la demandante hasta el 19 de enero del 2007; sin embargo, a partir del 22 de enero hasta el 23 del mismo mes y año, transcurrieron de nuevo dos (02) días más de vacaciones al no encontrarse incapacidad alguna por parte de la funcionaria – se resalta que los días 20 y 21 de enero correspondieron a sábado y domingo, por lo que no se tienen en cuenta -.

De igual manera, se observa que la señora Blanca Azucena Vega Calderón tampoco allega constancia de incapacidad por el día 30 de enero del 2007,

la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”

³⁷ Folio 890 del cuaderno hoja de vida No. 04.

ordenándose solo a partir del día siguiente una nueva incapacidad hasta el 2 de febrero del 2007 – *viernes* -; así mismo, se avizora que los dos días contiguos se le reconoció una nueva incapacidad, sin que se logre determinar lo ocurrido entre el 7 de febrero del 2007 y el 19 de febrero del mismo año – *nueve (09) días hábiles* -, puesto que a partir del 20 de febrero del 2007 inició una nueva incapacidad.

Finalmente, no se puede pasar por alto que desde el 20 de febrero hasta el 30 de marzo del 2007 continuó con incapacidades continuas – *el 18 y 19 de marzo del 2007 fueron domingo y lunes festivo* -, empero, se presentó a laborar solo hasta el 9 de abril del 2007, de conformidad con el oficio presentado por la misma demandante³⁸; razón por la cual transcurrieron nueve (09) días más de los que no se encuentra ningún tipo de soporte en los documentos aportados.

Ahora bien, en el hecho seis (06) del escrito de demanda, el apoderado de la parte actora manifestó: «*Mediante comunicación TH 0678, el profesional de Talento Humano le manifiesta a la demandante que podrá disfrutar de nueve (09) días hábiles adicionales al tiempo vacacional indicado en el numeral anterior, a partir del 09 de enero de 2007*»; refiriéndose a los días otorgados a través de la Resolución 1849 del 19 de diciembre de 2006 correspondiente a cinco (05) días.

En ese orden de ideas, el apoderado de la parte accionante concluye que los días otorgados por vacaciones serían catorce (14) días. Sin embargo, hay que precisar que, la situación contenida en la Resolución 1849 del 19 de diciembre del 2006³⁹ es diferente a la señalada en el oficio TH-0678 del 20 de diciembre del 2006⁴⁰. Puesto que la primera resolución le otorga al accionante cinco (05) días a partir del 29 de diciembre de 2006 por concepto del disfrute de un tiempo vacacional; el cual finalizó el cinco (05) de enero del 2007.

En cambio, el oficio TH-0678 del 20 de diciembre del 2006⁴¹ se refiere es a la Resolución 1198 del 1 de noviembre de 2005, como el acto que reconoce los primeros cinco (05) días compensados por trabajo extra en el año 2005 y la Resolución 1411 del 7 de noviembre de 2006 como el acto que retribuye los días extras laborados en ese año, que corresponden a cuatro (04) días.

Así, los cinco (05) días otorgados para el disfrute de las vacaciones ya habían sido ejecutados y finalizados, cuando la entidad accionada le compensó los

³⁸ Folio 1048 *ibídem*.

³⁹ Folio 28 del cuaderno hoja de vida No. 05.

⁴⁰ Folio 890 del cuaderno hoja de vida No. 04.

⁴¹ Folio 890 del cuaderno hoja de vida No. 04.

días extras laborados en los años 2005 y 2006. Por lo que, no podían ser sumados al haberse tomado por parte de la accionante los días en diferentes tiempos.

Entonces, del oficio TH-0678 del 20 de diciembre del 2006 podemos concluir que, la sumatoria de días a compensar corresponde a nueve (09) días; que comprenden cinco (05) días del año 2005 y cuatro (04) días del año 2006. Por lo que, es errada la interpretación hecha por el apoderado de la parte accionante, toda vez que, está computando dos veces los días de vacaciones en diferentes periodos.

Sin embargo, aún en el caso que se incluyeran los catorce (14) días compensados al que se refiere el apoderado de la parte actora. Es de recordar que, la accionante no acudió a laborar durante dieciocho (18) días hábiles; por lo que, en uno y otro caso estaría sobrepasando el término indicado en la ley para entenderse como abandono de cargo, sin que se observe, a su vez, una justificación respecto de dichos días de ausencia.

En ese orden de ideas, se debe precisar respecto de la vulneración al debido proceso que, la accionante tuvo dos momentos para aportar la documentación necesaria que justificara el abandono del cargo: i) en sede administrativa una vez le notificaron el acto administrativo por el cual declaraban el abandono del cargo, frente al que, interpuso el recurso de reposición dentro del término consagrado en la ley y ii) en la actual sede judicial. No obstante, de las pruebas allegadas en una y otra instancia no se permiten concluir una debida justificación de la no comparecencia durante nueve (09) días, correspondientes al 12, 13, 14, 15, 16 y 19 de febrero, así como, del 2, 3 y 4 de abril del 2007.

Por el contrario, se encontraron plenamente justificados la no comparecencia por los días 9, 10, 11, 22, 23 y 30 de enero, y 7, 8 y 9 de febrero del 2007; fechas en las que a pesar de no en todas tener pruebas de una incapacidad convalidada, nunca fueron tachadas de falso, ni se encuentra que se verificara la veracidad de las mismas. Entonces, si bien la entidad hace relación a la no validación de las incapacidades no convalidadas, lo cierto es que, aún contando estas, existen días hábiles laborales en los que la accionante no compareció sin tener una justa causa para dicha omisión.

Conforme lo anterior, se puede afirmar que, la accionante pudo aportar toda la documentación para justificar su actuar, lo cual garantizó su derecho de

defensa. Empero, de las pruebas aportadas no se pudo establecer una causal válida de justificación para todos los días de ausencia.

Por otra parte, se advierte la certificación del 31 de enero del 2007, a través de la cual Solsalud pone en conocimiento que la señora Blanca Azucena no se encontraba incluida en la base de datos de la EPS; lo que en principio podría deducir que existe un problema con las incapacidades. No obstante, es de advertir que existen incapacidades debidamente convalidadas previa y posteriormente a la fecha señalada, como es el caso de: i) la otorgada el 12 de enero de 2007 y convalidada bajo el número 197701, ii) la otorgada el 20 de febrero de 2007 convalidada bajo el número 197460, iii) la otorgada el 6 de marzo de 2007 y convalidada mediante radicado 197509 y iv) la otorgada el 20 de marzo de 2007 y convalidada con el número 197422.

Lo que infiere que, pese a tener problemas con la base de datos frente a la afiliación de Blanca Azucena Vega Calderón en la EPS Solsalud; se puede afirmar que no incidió en la expedición y convalidación de las incapacidades de la accionante, puesto que se aportan cuatro (04) incapacidades frente a las cuales se cumplió con el trámite correspondiente.

Así las cosas, de las pruebas allegadas al proceso se puede concluir que la señora Blanca Azucena Vega Calderón se reintegró a sus funciones luego de nueve (09) días de haber fenecido el plazo para reiniciar su actividad laboral, correspondientes al 12, 13, 14, 15, 16 y 19 de febrero, así como, del 2, 3 y 4 de abril del 2007, los cuales finalmente coinciden con parte de los tiempos señalados en los actos administrativos demandados, resaltando que su no comparecencia no fue justificada, al no encontrar material probatorio que permitiera comprobar una incapacidad durante los días en que no acudió a laborar. Por lo que, en coherencia con lo expuesto con anterioridad, el derecho al debido proceso como causal autónoma para acceder a las pretensiones pierde relevancia frente a el derecho sustancial – *prevalencia de la realidad sobre las formas* -.

De igual forma, no se puede perder de vista que el *a quo* cuestionó que la carga de la prueba recaía en la parte accionante, quien debía demostrar la justificación de los días de inasistencia. No obstante, así como allegó pruebas para una parte del tiempo en el que no concurrió a prestar su servicio, no se evidencia el material probatorio necesario que permita concluir lo mismo frente a la totalidad del tiempo en el que no se dirigió a ejercer sus labores.

Ahora bien, frente a la irretroactividad de los actos administrativos demandados, hay que resaltar, en primer lugar, los efectos que producen cada uno. Así las cosas, podemos señalar que, en el *sub lite*, los actos administrativos son de carácter declarativos y no constitutivos de derechos; toda vez que, con estos se declara una situación administrativa como es el abandono del cargo.

En otras palabras, con los actos administrativos demandados el Departamento del Guainía puso de presente y tomó una decisión sobre una situación administrativa que se estaba presentando desde el 12 de febrero del 2007; cuya demora radicó en la imposibilidad de la notificación a la accionante, a quien finalmente, se le comunicó el día en que acudió nuevamente a ejercer sus labores.

Por lo que, perfectamente los actos administrativos demandados podían contener decisiones que afectaban a la accionante desde el momento en que se inició la situación administrativa, puesto que, el acto tan solo está declarando una situación laboral ocurrida.

Así las cosas, se desestima el argumento esbozado por la parte actora en el recurso de apelación en el que cuestiona la aplicación retroactiva de los actos administrativos. Toda vez que, en el presente caso estamos hablando es de actos declarativos que permiten poner en conocimiento hechos anteriores frente a los cuales se toma unas determinaciones, sin olvidar, la posibilidad señalada por la Corte constitucional de dar aplicación en materia laboral de los efectos retrospectivos bien sea para favorecer como desfavorecer las condiciones del trabajador.

Conforme a lo expuesto, se revocará el fallo de primera instancia del 28 de febrero del 2014, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Villavicencio y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda, en los términos indicados.

6. 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, modificatorio 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 temeridad⁴².

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.- REVÓQUESE la sentencia del 28 de febrero del 2014, proferida por el Juzgado Tercero 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.

SEGUNDO.- NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda. De acuerdo a la parte motiva de este proveído.

TERCERO.- Sin condena en costas

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

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión del día nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), mediante acta No. 90 de la misma fecha.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

Carlos Enrique Ardila Obando

Magistrado

Mixto 002

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

⁴² 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)”

Claudia Patricia Alonso Perez
Magistrado
Mixto 005
Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Nilce Bonilla Escobar
Magistrada
004
Tribunal Administrativo De Meta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
d09b14ea1ff374b434b441dc5db36666e50bb9b7eb441ae8158da1e7559ef
1ee

Documento generado en 10/12/2021 03:24:46 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>