

VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO – Regulación legal / VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO – Su declaración no requiere de proceso disciplinario

El abandono del cargo comporta efectos autónomos distintos en materia de función pública, que no derivan de la aplicación de un procedimiento disciplinario previo, en cuanto que el retiro definitivo del servicio puede producirse por la declaratoria de vacancia por abandono del cargo; esta figura constituye una herramienta de la cual puede disponer la Administración, para a su vez, designar el reemplazo del funcionario que de manera injustificada ha hecho dejación del cargo y así evitar traumatismos en la prestación del servicio.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 – ARTICULO 25 / DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 105 / DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 126 / LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 37 / LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 3 / LEY 909 DE 2004 – ARTICULO 41

SUSTITUCION DE PERMISO SINDICAL – Notificación. Obligación del ente sindical / VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO – Empleada cuyo permiso sindical se sustituyó en otro funcionario

Observa la Sala que a la Universidad del Atlántico no le asistía obligación alguna de notificar a la demandante el contenido del Oficio de 18 de octubre de 2000, suscrito por el Presidente y Secretario General del Sindicato ASPROINSPES, pues no fue proferido por ésta, sino por el Ente sindical al cual pertenecía la accionante; a más de lo anterior según la demandante para esa época era miembro de la Junta Directiva del mismo, y por lo tanto, como debió participar en la toma de esa decisión, tenía pleno conocimiento de que su permiso sindical había sido revocado. Conforme al acervo probatorio obrante en el proceso, para la Sala resulta probado que la demandante al momento de la declaración de vacancia por abandono del cargo, no gozaba de permiso sindical remunerado, dado que fue la Junta Directiva del Sindicato ASPROINSPES, que el 18 de octubre de 2000 le comunicó al Jefe de la Oficina de Recursos Humanos que el permiso sindical remunerado era sustituido a otro funcionario, razón por la cual la funcionaria se encontraba en el deber legal de concurrir al lugar donde habitualmente prestaba el servicio docente (Instituto Pestalozzi), al no hacerlo durante más de tres (3) días seguidos conforme lo establecido en el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, se configura la causal de abandono del cargo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 150

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 08001-23-31-000-2002-02382-01(1913-08)

Actor: ANA JOSEFA DIAZ PEREA

Demandado: UNIVERSIDAD DEL ATLANTICO

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 13 de febrero de 2008 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por Ana Josefa Díaz Perea contra la Universidad del Atlántico.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 000298 de 17 de mayo de 2002, mediante la cual, el Rector de la Universidad del Atlántico, declaró la vacancia del cargo de Docente por abandono.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se ordene su reintegro al cargo que venía ocupando o a otro de igual o superior categoría, así como el pago de los salarios, primas, cesantías y todas las demás prestaciones que la Entidad cancela a sus funcionarios, con la declaración de que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio; dando cumplimiento a la sentencia con aplicación de lo previsto en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo; y condenando en costas y agencias en derecho a la accionada.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes hechos:
La demandante prestó sus servicios a la Universidad del Atlántico como Docente de Tiempo Completo, desde el 2 de mayo de 1980 hasta el 17 de mayo de 2002, fecha en que fue declarada la vacancia por abandono del cargo.

Para la fecha en que fue desvinculada laboraba en el Instituto Pestalozzi, adscrito a la Universidad del Atlántico y tenía una asignación mensual de \$1'944.534.

La actora estaba afiliada al Sindicato de Profesores del Instituto Pestalozzi y era miembro de la Junta Directiva, por lo que se le concedió un permiso sindical permanente y remunerado, es decir, que estaba relevada de la responsabilidad de dictar clases.

Por Resolución No. 001325 de 26 de agosto de 1999, el Rector de la Universidad del Atlántico, le concedió licencia remunerada con una duración indefinida hasta que le fuera revocada y notificada decisión contraria.

El permiso sindical remunerado tenía como fundamento la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Universidad del Atlántico y el Sindicato.

Aduce que previo a la declaración de vacancia por abandono del cargo, fue excluida de la nómina en el mes de marzo de 2002, sin que se expidiera acto administrativo alguno, sino que dicha decisión le fue comunicada mediante Oficio de 7 de octubre de 2002.

El acto acusado fue expedido con desviación poder, fundado en una persecución laboral por ser una funcionaria sindicalizada y sin que se le brindara la oportunidad de expresar los motivos de su ausencia, desconociéndose de esta manera el derecho de defensa.

La Resolución No. 000298 de 17 de mayo de 2002, le fue notificada a la actora mediante Edicto el 2 de agosto de 2002, cuando lo procedente era la notificación personal.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 1°, 2°, 29 y 209; Código Contencioso Administrativo; Estatuto Docente; Decreto 1953 de 1973. (Fls. 1-8)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Rector de la Universidad del Atlántico por intermedio de apoderado contestó la demanda (Fls. 25-40), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Aduce que el permiso sindical que le fuera otorgado a la demandante por Resolución No. 001325 de 26 de agosto de 1999, y fue limitado en el tiempo por parte del sindicato ASPROINSPES, que de modo expreso lo sustituyó el 18 de octubre de 2000 por el Profesor Luis Angulo Batalla, como da cuenta la carta remitida por el Presidente del sindicato a la Universidad del Atlántico.

Por Resolución No. 000253 de 11 de junio de 2001 la Rectoría de la Universidad acogió la solicitud de ASPROINSPES en tal sentido y le concedió el permiso sindical al referido funcionario.

En esas condiciones y dado que sólo existe un permiso sindical remunerado para los miembros de la Junta Directiva del Sindicato ASPROINSPES según lo previsto en la Convención Colectiva, la consecuencia de la sustitución del permiso sindical, es la expiración del primero.

Por tanto no es cierto que la actora gozara de un permiso sindical remunerado para la época en que se declaró la vacancia por abandono del cargo.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, mediante sentencia de 13 de febrero de 2008, accedió a las súplicas de demanda (Fls. 163-173), con base en las siguientes consideraciones:

De acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, quedó demostrado que la ausencia de la actora a las aulas escolares como Docente del Instituto Pestalozzi, se debió a que gozaba de un permiso sindical de carácter indefinido, que le otorgó la Universidad del Atlántico para que se dedicara a las tareas que le imponía el cargo de Representante Legal del Sindicato ASPROINSPES, de modo que el acto acusado fue expedido con violación del artículo 126 del Decreto 1950 de 1973.

En el presenta caso, no obra prueba en el sentido que la Universidad hubiese revocado el permiso concedido a la demandante, para la fecha en que fue retirada del servicio público.

Además, según da cuenta el testimonio rendido por el señor Enrique Berrio Arias, docente de la Universidad del Atlántico, en la Facultad de Ciencias Humanas, quien al ser interrogado manifestó que a la accionante nunca se le revocó el permiso sindical.

Señala que los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad y en el expediente no reposa prueba alguna que hubiese sido desvirtuada mediante una

decisión de la Jurisdicción Contenciosa que anulara o suspendiera en sus efectos jurídicos el permiso sindical concedido a la demandante.

En esas condiciones el A-quo encontró probada la falsa motivación del acto acusado, toda vez que la actora si gozaba de un permiso sindical, razón suficiente para ausentarse de la actividad docente y por tanto no incurrió en abandono del cargo.

EL RECURSO

La Entidad demandada impugnó la anterior decisión, cuya fundamentación corre de folios 179 a 189.

El A-quo desconoció la realidad del proceso, pues su decisión es contraria a la verdad de autos, denota que en la sentencia se hace una interpretación rigorista e inflexible, con la cual está dándole la espalda a determinadas realidades de equidad y justicia en el presente proceso.

Indicó que el Sindicato de Profesores del Instituto Pestalozzi, solo cuenta con un permiso sindical remunerado para los miembros de la Junta Directiva, por el sólo hecho de pertenecer a ella, conforme lo prevé la Convención Colectiva de Trabajo.

El Tribunal no tuvo en cuenta la Comunicación de 18 de octubre de 2000, suscrita por el Presidente y Secretario del sindicato, mediante la cual le informaron al Jefe de Recursos Humanos de la Universidad, que el permiso sindical concedido a la demandante había sido sustituido al docente Luis Angulo Batalla.

Aduce que efectivamente la actora pertenece a la Junta Directiva como miembro principal del sindicato y que está sometida a la voluntad de ASPROINSPES quien le revocó tácitamente la comisión sindical.

En esas condiciones solicita que se haga una valoración integral de las pruebas aportadas al proceso, tanto por la demandante como por la Universidad y en consecuencia se revoque la decisión del Tribunal y se nieguen las súplicas de la demanda.

CONCEPTO FISCAL

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, en Concepto que corre de folios 208 a 214, solicitó revocar la sentencia impugnada y en consecuencia negar las súplicas de la demandada, por cuanto los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada, tiene vocación de prosperidad.

Indicó que una vez analizadas en su conjunto las pruebas obrantes en el proceso, encontró probado que el sindicato dispuso consciente y libremente que la actora a partir del mes de octubre de 2000, dejaba de gozar del permiso sindical, por revocatoria expresa de la cual fue objeto.

La accionante no probó que para el 17 de mayo de 2002 (fecha del acto acusado) se encontrara comisionada por el Sindicato para ser beneficiaria del permiso permanente remunerado, antes por el contrario según da cuenta el Oficio de 18 de octubre de 2000 el Representante del Sindicato le comunicó a la Entidad acusada que éste era sustituido a otro docente, es decir, que no había motivo alguno que justificara su ausencia del lugar de trabajo.

Como no se evidencia causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar si la declaración de vacancia por abandono del cargo de la que fue objeto la actora, se encuentra ajustado a derecho o si por el contrario fue expedido con desviación de poder y falsa motivación.

ACTO ACUSADO

Resolución No. 000298 de 17 de mayo de 2002, mediante la cual, el Rector de la Universidad del Atlántico, resolvió declarar la vacancia por abandono del cargo de Docente desempeñado por la demandante. (Fls. 11)

HECHOS PROBADOS

De la vinculación laboral de la actora

Conforme a la certificación suscrita por la Jefe de la División de Recursos Humanos de la Universidad del Atlántico, la demandante prestó sus servicios desde el 2 de mayo de 1980 hasta el 17 mayo de 2002, desempeñándose como Docente, adscrita al Instituto Pestalozzi. (Fls. 122-123)

Por Resolución No. 000585 de 12 de mayo de 1999, el Rector de la Universidad del Atlántico, suspendió provisionalmente a la actora, por el término de tres (3) meses, por incumplimiento de sus obligaciones. (Fls. 114-115)

Mediante Resolución No. 000662 de 22 de septiembre de 2003, el Rector de la Universidad del Atlántico, ordenó el reconocimiento y pago de \$34'237.391 a la demandante por concepto de cesantías definitivas. (Fls. 124)

A folio 128 obra la Carta de Instrucción No. 200312-0234 de 30 de diciembre de 2003, suscrita por la División Financiera, Sección de Tesorería de la Universidad del Atlántico, por la cual se efectúa un reembolso a la actora por concepto de nómina adicional, por la suma de \$6'932.612.

Del Permiso Sindical de la Actora

De folios 63 a 111 obran las Convenciones Colectivas de Trabajo suscrita entre la Universidad del Atlántico y el Sindicato, por las vigencias de 1974, 1976, 1977, 1978 y 1979.

Mediante Resolución No. 001325 de 26 de agosto de 1999, el Rector de la Universidad del Atlántico, le concedió a la demandante permiso sindical remunerado, en su condición de Representante Legal de ASPROINSPES para que ejerza su gestión. (Fls. 12)

Por Resolución No. 01207 de 23 de noviembre de 2000, el Inspector del Trabajo y Seguridad Social de la Dirección Regional del Trabajo Atlántico, inscribió la Junta Directiva de la Asociación Sindical de Profesores del Instituto Pestalozzi – ASPROINSPES, por el periodo 2000-2001, entre los cuales se encuentra la señora Ana Diaz Perea, como Vicepresidente. (Fls. 13-15)

El 18 de octubre de 2000, el Presidente y Secretario General de la Asociación Sindical de Profesores del Instituto Pestalozzi – ASPROINSPES, le comunicaron

al Jefe de Recursos Humanos de la Universidad del Atlántico, que el permiso sindical remunerado que gozaba la demandante, según la Convención Colectiva Vigente de 1978, ha sido sustituido a favor del profesor Luis Angulo Batalla, actual Tesorero de la Junta Directiva. (Fls. 52)

Con base en el artículo 9° de la Convención Colectiva de Trabajo de 1978, modificado por el artículo 14 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1979 (Fls. 101-109), cuyo tenor literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 14. La Universidad dará un (1) permiso sindical remunerado, de carácter permanente, a un (1) trabajador de los trabajadores que salgan elegidos miembros del Comité Ejecutivo de las Organizaciones Sindicales de segundo y/o tercer grado a que esté afiliado SINTRAUA, por el tiempo que dure el mandato para el cual fue elegido.

Corresponderá al Sindicato la designación, en el caso de que haya sido elegido más de un (1) trabajador, del trabajador que hará uso de este beneficio.” (Se resalta)

Con base en la anterior información, el Rector del Ente demandado profirió la Resolución No. 000253 de 11 de junio de 2001, concediéndole al señor Enrique Berrio Arias permiso sindical remunerado. (Fls. 113)

Por Resolución No. 001592 de 8 de octubre de 2003, el Coordinador del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control de la Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social del Atlántico, resolvió sancionar a la Universidad del Atlántico, por la violación al Código Sustantivo del Trabajo y a la Convención Colectiva de Trabajo de 1979, en la persona de Ana Josefa Díaz Perea, quien goza de fuero sindical otorgado por la organización sindical ASPROINSPES, al momento de la declaración de vacancia por abandono del cargo. (Fls. 132-138)

A folio 131 la Coordinadora del Grupo de Trabajo y Seguridad Social de la Dirección Territorial del Atlántico, hace constar que revisados los archivos por Resolución No. 000647 de 9 de octubre de 2003, se inscribió la Junta Directiva de la Asociación Sindical de Profesores del Instituto Pestalozzi – ASPROINSPES, quedando conformada entre otros por la actora, como Presidente.

ANÁLISIS DE LA SALA

De la Vacancia por Abandono del Cargo y el Régimen Jurídico Aplicable

El Decreto Ley 2400 de 19 de septiembre de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración, en el artículo 25,¹ dispone que la cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes caso: “h.) *Por abandono del cargo.*”

El Decreto 1950 de 24 de septiembre de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración de personal civil, con relación al abandono del cargo, prevé:

“ARTICULO 105. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce: (...)

8. Por abandono del cargo. (...)

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. (...)

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.” (Resaltado fuera de texto)

La Ley 27 de 23 de diciembre de 1992, que desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, expidió normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones, en su artículo 2°, con relación a la cobertura, dispuso:

“Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental; distrital diferentes al Distrito Capital, municipal y sus entes descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales, excepto las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales. (...)”

Posteriormente la Ley 443 de 1998, por la cual se expidieron normas sobre Carrera Administrativa, en el artículo 37 con relación a las causales de retiro del

¹ Artículo modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 de 17 de diciembre 1968

servicio, dispuso: *“El retiro del servicio de los empleados de carrera se produce en los siguientes casos: (...) g) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo.”*²

El artículo 87 *ibídem* mantuvo vigente las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal, contempladas en la presente Ley y las contenidas en los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen, las cuales se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las Entidades a que se refiere el artículo 3º, es decir, *“al personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior de todos los niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera.”*³

A su turno la Ley 909 de 23 de septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la Carrera Administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en el artículo 41 previó como causal de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de Carrera Administrativa, que se produce en los siguientes casos: *“i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo.”*⁴

En consecuencia en lo atinente a la figura del abandono del cargo en tratándose de funcionarios públicos son aplicables el Decreto 2400 de 1968 y el Decreto 1950 de 1973.

La Sala ha sostenido en varias oportunidades que la vacancia del cargo por abandono del mismo es una de las formas establecidas en la Ley para la cesación de funciones o retiro definitivo del servicio público.

Conforme al numeral 1º del artículo 126 del Decreto 1950 de 1973 el abandono del cargo opera cuando se presenta uno de los cuatro casos expresamente señalados en la norma legal. Una de las razones que le permite a la

2 Literal g) declarado EXEQUIBLE, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-088-02 de 13 de febrero de 2002, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

3 Aparte subrayado declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-560-00 de 17 de mayo de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, *‘bajo el entendido de que en ella no quedan comprendidas las universidades estatales u oficiales organizadas como entes universitarios autónomos conforme a la Ley.’*

4 Literal i) declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189-05 de 22 de noviembre de 2005, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, *‘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.’*

administración adoptar una decisión de esta naturaleza, es cuando el servidor público, sin justa causa, deja de asistir a sus actividades laborales por tres días consecutivos al vencimiento de un permiso.

Además la declaratoria de vacancia de un cargo público no exige que se adelante un proceso disciplinario, basta que se compruebe tal circunstancia omisiva, esto es, que se configure una de las causales contempladas en la citada disposición legal, para proceder en la forma ordenada por la Ley, es decir, que ésta figura jurídica opera por ministerio de la Ley y el pronunciamiento de la administración pública al respecto es meramente declarativo.

Adicional a la comprobación física de que el empleado ha dejado de asistir por tres (3) días consecutivos al trabajo, la Ley exige que no se haya acreditado justa causa para tal ausencia, obviamente estimada en términos razonables por la Entidad en la que presta sus servicios laborales personales; se aclara que, si la justa causa se comprueba con posterioridad, el acto administrativo que declaró la vacancia del cargo deberá revocarse.

Además, señala la Ley, que comprobados los hechos de que trata el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973 se impone por parte de la autoridad nominadora la declaratoria de la vacancia por abandono del cargo, previo el cumplimiento de los procedimientos legales que tiene relación con la averiguación sobre los hechos.

Del Requisito Previo De Proceso Disciplinario

El Rector de la Universidad del Atlántico, mediante Resolución No. 000298 de 17 de mayo de 2002, declaró la vacancia por abandono del cargo que ocupaba la demandante (Fls. 11), por su parte la demandante adujo en el libelo introductorio que ésta se produjo sin que contra ella se hubiera tramitado previamente investigación disciplinaria y agotado el procedimiento de Ley.

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

Con posterioridad, la Sección Segunda, Subsección 'A', sostuvo⁵ que a partir de la expedición del Código Único Disciplinario (Ley 200 de 28 julio de 1995) “*el abandono injustificado del cargo o del servicio*” era considerado claramente por el Legislador como una falta disciplinaria gravísima. Significaba, entonces, que las autoridades estarían en la obligación de adelantar un proceso disciplinario con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho de audiencia y defensa, conforme a las Leyes sustantivas y procesales preexistentes a la falta cometida, en los términos establecidos en los artículos 29 de la Constitución Política y 1° y siguientes de la Ley 200 de 1995.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con el fin de unificar la jurisprudencia sobre el abandono de cargo como causal autónoma para declarar la vacancia del empleo, en sentencia de 22 de septiembre de 2005,⁶ manifestó:

“(…) 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. (…)

Esta causal de retiro para los empleados públicos de carrera es consagrado en igual sentido, es decir, en forma autónoma, en las leyes que han gobernado el sistema de carrera (ley 27 de 1992 – art. 7; Ley 443 – art. 37 y Ley 909 de 2004-art.41.

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.

Y se dice que el abandono del cargo puede ser sancionable en materia administrativa, sólo si la conducta es típica, antijurídica y culpable. Por eso tanto el artículo 25 –8 de la Ley 200 de 1995 como el artículo 48- numeral 55 de la nueva ley 734 exigen que el abandono sea injustificado, es decir que no medie causa alguna que exonere al funcionario de abandonar los deberes de su cargo.

⁵ Sentencias de 21 de junio de 2001, expediente 533-00 y 18 de noviembre de 2004, expediente 5620-03, entre otras.

⁶ Sentencia de 22 de septiembre de 2005, expediente 2103-03, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

No ocurre así con la consagración que hace de esta circunstancia las normas que gobiernan la función pública. Como se lee en todas las precitadas normas tanto para los funcionarios de libre nombramiento como para los de carrera, la declaratoria de vacancia por abandono del cargo no señala condicionamiento alguno de culpabilidad, pues sólo basta que este ocurra, en los términos del artículo 126 del decreto 1950 de 1973, para que la administración pueda proveer el servicio, designando a la persona que va a ocupar el lugar del funcionario que sin mediar causa hace dejación de su empleo. Es una previsión que sin duda favorece a la administración no al administrado y que tiene su explicación en el fin de interés general que anima el servicio público, el cual no puede suspenderse por el abandono que haga un funcionario de sus deberes, en los términos del artículo 126 del decreto 1950 de 1973. (...)"

En esas condiciones, se concluye que, el abandono del cargo comporta efectos autónomos distintos en materia de función pública, que no derivan de la aplicación de un procedimiento disciplinario previo, en cuanto que el retiro definitivo del servicio puede producirse por la declaratoria de vacancia por abandono del cargo; esta figura constituye una herramienta de la cual puede disponer la Administración, para a su vez, designar el reemplazo del funcionario que de manera injustificada ha hecho dejación del cargo y así evitar traumatismos en la prestación del servicio.

Ahora bien, no pasa inadvertido para la Sala que la demandante fue suspendida por el término de tres (3) meses en el ejercicio del cargo de Docente, por Resolución No. 000585 de 12 de mayo de 1999, es decir, que en el presente caso la actora sí venía siendo investigada por la posible comisión de la causal de mala conducta contemplada en el artículo 40 numerales 2°, 7° y 15 del Código Disciplinario Único (Ley 200 de 1995), lo cual, no es óbice para que la Administración declare el abandono cuando se presente la situación contemplada en la Ley, máxime si se tiene en cuenta que la inasistencia se prolongó por más de un año.

Del Permiso Sindical Remunerado

Con relación al permiso sindical remunerado la Corte Constitucional⁷ ha efectuado el siguiente análisis conforme a la Constitución Política y la Ley.

La Constitución Política, en el artículo 38 garantiza el derecho de asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad. Este derecho de naturaleza fundamental, ha sido entendido según lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-865 de 2004, como *“la libertad o facultad*

autónoma de las personas para unir sus esfuerzos y/o recursos, en aras de impulsar conjuntamente la realización de propósitos o finalidades comunes, mediante la adopción para el efecto de distintas formas asociativas, tales como, las asociaciones, corporaciones, sociedades, cooperativas, etc.”

Del mismo modo, este Tribunal Constitucional precisó en la referida decisión que el núcleo esencial del citado derecho exige que su ejercicio se garantice en los distintos espacios o actividades de la sociedad, sin más limitaciones que aquellas derivadas de la Constitución Política, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Ley, *“con el propósito de salvaguardar la primacía del interés general, la licitud de las actividades en común y los derechos y libertades de los demás.”*

El derecho de asociación sindical, en los términos del artículo 39 Superior⁸, es una facultad con la que cuentan tanto trabajadores⁹ como empleadores para conformar sindicatos o asociaciones de manera libre y voluntaria, es decir, sin intervención del Estado, teniendo por finalidad la efectiva realización de valores fundamentales de la sociedad, tales como el trabajo, la justicia social, la paz, la libertad y la convivencia.¹⁰

El ámbito de protección de esta garantía constitucional no se circunscribe al simple reconocimiento por parte del Estado de todas aquellas organizaciones de trabajadores o empleadores que han decidido agruparse para actuar en defensa de sus intereses,¹¹ el cual se concreta en el deber de inscripción que está en cabeza de todos los sindicatos en el registro sindical ante el Ministerio de la Protección Social, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la asamblea de

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-464 de 16 de junio de 2010.

⁸ A nivel de instrumentos internacionales, pueden consultarse los convenios 87 (aprobado mediante Ley 27 de 1987) y 98 (aprobado mediante Ley 27 de 1976) de la OIT, el Protocolo de San Salvador (aprobado mediante Ley 319 de 1996) y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (aprobado mediante Ley 64 de 1968). Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo hace referencia al derecho de asociación sindical en los artículos 353 y S. S.

⁹ Con excepción de los miembros de la fuerza pública.

¹⁰ Mediante sentencia T-675 de 2009, la Corte resaltó como características del derecho de asociación sindical, las siguientes: *“(i) carácter voluntario, puesto que su ejercicio se fundamenta en la autodeterminación de la persona para asociarse o vincularse con otros individuos dentro de una organización colectiva, con el fin de proteger sus derechos e intereses como trabajadores, pudiendo libremente tanto afiliarse como retirarse de la misma; (ii) carácter relacional, porque de una parte constituye un derecho subjetivo de carácter individual, y de otra parte, su ejercicio depende de que existan otras personas que estén dispuestas a ejercer el mismo derecho para que a través de un acuerdo de voluntades, se forme una persona colectiva de carácter jurídico; (iii) carácter instrumental, en la medida en que existe un vínculo jurídico necesario para alcanzar los fines propuestos por la organización.”*

¹¹ Cfr. T- 322 de 1998.

fundación (C.S.T. Art. 365). Se precisa, que dicho reconocimiento no debe confundirse con la personería jurídica de la organización sindical, en tanto este atributo es adquirido por la persona jurídica por el sólo hecho de su fundación y a partir de la fecha de la asamblea constitutiva (C.S.T. Art. 364).

En ese orden de ideas, no es suficiente el citado reconocimiento para garantizar la efectividad del derecho de asociación sindical, sino que se hace necesario proveer a los sindicatos de otra serie de mecanismos que permitan el adecuado cumplimiento de la actividad sindical, dentro de los cuales tienen cabida los permisos sindicales *“necesarios para que, en especial, los directivos sindicales puedan ausentarse del lugar de trabajo en horas laborales, a efectos de poder cumplir con actividades propias de su función sindical, e indispensables para el adecuado funcionamiento y desarrollo del ente sindical.”*¹² Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado:

“ (...) La protección a la función que realizan los representantes sindicales, y que en gran medida tienen la obligación de velar por el desarrollo y efectivo cumplimiento de los fines y derechos de la organización y miembros que representan, no se agota con la existencia del fuero sindical o la posibilidad de negociar y suscribir convenciones colectivas de trabajo, puesto que se requiere de la existencia de otras garantías que les permitan el adecuado cumplimiento de la actividad sindical para la que han sido designados. (...)”

El reconocimiento de estos permisos y su desarrollo, se ha dado en virtud de las negociaciones entre las organizaciones sindicales y el empleador que en las respectivas convenciones colectivas de trabajo, estipulan la concesión de permisos sindicales de caracteres temporales o permanentes, descontables, compensables o remunerados, según sea el caso. Su finalidad, principalmente, es permitir el normal funcionamiento de la organización sindical. Sin embargo, pueden ser reconocidos para otros efectos como la asistencia a cursos de formación, seminarios, congresos, conferencias sindicales, etc.”¹³

Posteriormente, la Corte en sentencia T-502 de 1998, sostuvo:

“El permiso sindical hace parte de los que el artículo 39 de la Constitución denomina *‘garantías necesarias para el cumplimiento de la gestión de los representantes sindicales’* y como tal, está en el núcleo esencial del derecho de asociación sindical.”

No son meros instrumentos legales para el desarrollo de la actividad sindical. Su relación inescindible con el derecho de asociación y representación sindical, hacen de éstos un mecanismo esencial para el

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*

desenvolvimiento de este derecho y, por tanto, requieren de protección judicial cuando se empleen o desplieguen conductas tendientes a desconocerlos o limitarlos.”

De otra parte, la Corte expuso que conforme a los lineamientos de la Recomendación 143 de la OIT,¹⁴ la ausencia de normas convencionales o legales, no puede convertirse en pretexto para no otorgar permisos sindicales, *“pues cuando su no concesión afecte o impida el normal funcionamiento de la organización sindical, la negativa puede constituirse en una clara limitación o vulneración al ejercicio del derecho de asociación sindical.”*¹⁵

Ahora bien, conforme a los parámetros orientadores del Estado de Derecho, no existen garantías absolutas o ilimitadas, con excepción de la dignidad humana, el Tribunal Constitucional ha considerado que el empleador en un momento determinado puede abstenerse de conceder esta clase de permisos o limitarlos, pero tiene el deber de justificar o motivar su decisión que, *“en últimas, debe estructurarse en la grave afectación de sus actividades, hecho que debe ponerse de presente al momento de motivar la negativa.”*¹⁶

En consecuencia, el uso de los permisos sindicales debe estar apoyado en los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, *“pues su abuso mengua la importancia de éstos y mina, en sí mismo, la eficacia y preponderancia del accionar sindical.”*¹⁷ Sobre el particular, la Corte en sentencia T-740 de 2009, dijo:

“Las normas que regulan lo atinente a los permisos sindicales no establecen expresamente las condiciones para su reconocimiento ni sujetan su ejercicio a un límite temporal. No obstante, **los permisos sindicales deben consultar un criterio de necesidad**, es decir, sólo pueden ser solicitados cuando se requieran con ocasión de las actividades sindicales, pues, como emanación de la libertad de asociación sindical, su ejercicio sólo encuentra justificación en la necesidad de otorgar a los dirigentes o representantes sindicales el tiempo necesario para adelantar aquellas gestiones que se les han encomendado para el cabal funcionamiento de las organizaciones de trabajadores.

También debe tenerse en cuenta que la concesión de los permisos sindicales lógicamente interfiere con el normal y habitual cumplimiento de

¹⁴ A pesar de que no hace parte del ordenamiento jurídico colombiano.

¹⁵ Cfr. T-322 de 1998. En sentencia T-502 de 1998, la Corte sostuvo: *“En razón a su importancia, los permisos sindicales que tengan por objeto facilitar al representante sindical las gestiones propias del encargo a él conferido por la organización, no requieren para su reconocimiento de una estipulación convencional o legal, basta solicitar e informar al empleador dentro de un lapso razonable sobre su uso, para que éste acceda a su concesión.”*

¹⁶ Cfr. T-502 de 1998.

¹⁷ *Ibidem*.

los deberes del trabajador en la medida en que debe dedicar parte de su tiempo dentro de la jornada laboral para el desarrollo de las actividades sindicales; sin embargo, valga precisar, esta situación per se no justifica la limitación del goce de estos beneficios.”

En conclusión, los permisos sindicales remunerados se constituyen en “*uno de los mecanismos o vehículos para el cabal ejercicio del derecho fundamental a la asociación sindical*”¹⁸, razón por la cual deben ser concedidos por el empleador a pesar de que no estén expresamente consagrados en disposiciones de naturaleza Legal o Convencional, siempre y cuando se avengan a los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Del Caso Concreto

La Universidad del Atlántico aduce que la actora al momento de la declaración de vacancia no gozaba de permiso sindical, para lo cual insiste en que se deben valorar las pruebas aportadas válidamente al proceso y que no fueron tenidas en cuenta por el A-quo y que demuestran que la Junta Directiva del Sindicato revocó el permiso concedido a la demandante.

Previo al análisis de si en verdad se presentó o no revocatoria del permiso sindical concedido a la demandante, dirá la Sala que de conformidad con el artículo 168 del C.C.A., en los procesos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles las normas del Código de Procedimiento Civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.

La decisión del Juez debe apoyarse en los hechos demostrados con las pruebas legalmente solicitadas, decretadas, practicadas y allegadas al proceso, las cuales determinaran el sentido de la providencia, esto es, si son favorables a las pretensiones, si los hechos probados constituyen el supuesto de hecho de las normas invocadas por la demandante y que consagran los efectos jurídicos perseguidos en la libelo introductorio, o si por el contrario son desfavorables al *petitum*.

En el sub-lite, la Universidad del Atlántico alega que el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas válidamente arrimadas al proceso, como son la Resolución No. 000585 de 12 de mayo de 1999, mediante la cual se suspendió a la demandante provisionalmente por su reiterado incumplimiento a las funciones laborales, el Oficio

de 18 de octubre de 2000 por el cual el Sindicato ASPROINSPES le revocó la comisión a la demandante, la Resolución No. 000253 de 11 de junio de 2001, por la cual se nombró un docente en permiso sindical diferente a la actora (Fls. 114-115, 52 y 113), pruebas todas que fueron admitidas en el decreto de pruebas.

El Tribunal desconoció el valor probatorio de los documentos aportados sin analizar lo antes dicho y olvidando que la Universidad del Atlántico en la contestación de la demanda, en el acápite de pruebas pidió que se tuvieran como prueba tales documentos aportados (Fls. 39), y mediante Auto de 23 de junio de 2004, el A-quo resolvió tenerlos como tal (Fls. 54-55), lo que significa que aceptó la veracidad y autenticidad de las mismas.

De folios 101 a 110 obra la Convención Colectiva de Trabajo de 1978, suscrita entre Representantes de la Universidad del Atlántico y el sindicato ASPROINSPES actualmente vigente, con relación a los permisos permanentes remunerados, dispuso:

“ARTÍCULO 14. La Universidad dará un (1) permiso sindical remunerado, de carácter permanente, a un (1) trabajador de los trabajadores que salgan elegidos miembros del Comité Ejecutivo de las Organizaciones Sindicales de segundo y/o tercer grado a que esté afiliado SINTRAUA, por el tiempo que dure el mandato para el cual fue elegido.

Corresponderá al Sindicato la designación, en el caso de que haya sido elegido más de un (1) trabajador, del trabajador que hará uso de este beneficio.

ARTÍCULO 15. En caso de que (1) uno o más profesores miembros de ASPROINSPES, salga (n) elegido (s) a la Junta Directiva o a cualquier cargo de Dirección en la Federación o Confederación a que esté afiliado el Sindicato, **la Universidad dará un (1) permiso permanente remunerado a un profesor de los elegidos, por el tiempo que dure el mandato. La designación estará a cargo del Sindicato.**” (Se resalta) (Fls. 108)

Mediante Resolución No. 001325 de 26 de agosto de 1999, el Rector de la Universidad del Atlántico, le concedió a la demandante permiso sindical remunerado, en su condición de Representante Legal de ASPROINSPES para que ejerciera su gestión, con la siguiente fundamentación:

“Que la Organización Sindical ASPROINSPES, ha solicitado se le conceda permiso sindical remunerado a la servidora pública, señora ANA DÍAZ PEREA, quien es la Representante Legal del sindicato en mención.

¹⁸ T-322 de 1998.

Que la Constitución Nacional en su artículo 39 reconoce a los Representantes Sindicales el fuero y demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

Que se hace necesario conceder este permiso sindical.” (Fls. 12)

Empero a folio 52 del expediente obra la Comunicación de 18 de octubre de 2000, suscrita por el Presidente y Secretario General de la Asociación Sindical de Profesores del Instituto Pestalozzi de la Universidad del Atlántico – ASPROINSPES, informando al Jefe de Recursos Humanos, lo siguiente:

“La Junta Directiva de la Asociación Sindical de profesores del Instituto Pestalozzi – Asproinspes, comunica a Usted que el permiso sindical remunerado que gozaba la profesora ANA DÍAZ PEREA, según Convención Colectiva Vigente (1978 y en su artículo 9 expresa: *‘La Universidad del Atlántico concederá permiso remunerado a uno de los miembros que la Junta decida en forma autónoma, para atender actividades sindicales’*, **ha sido sustituido** a favor del profesor LUIS ANGULO BATALLA, actual Tesorero de la Junta directiva: 2000-2001.” (Se resalta)

Observa la Sala que a la Universidad del Atlántico no le asistía obligación alguna de notificar a la demandante el contenido del Oficio de 18 de octubre de 2000, suscrito por el Presidente y Secretario General del Sindicato ASPROINSPES, pues no fue proferido por ésta, sino por el Ente sindical al cual pertenecía la accionante; a más de lo anterior según la demandante para esa época era miembro de la Junta Directiva del mismo, y por lo tanto, como debió participar en la toma de esa decisión, tenía pleno conocimiento de que su permiso sindical había sido revocado.

Conforme al acervo probatorio obrante en el proceso, para la Sala resulta probado que la demandante al momento de la declaración de vacancia por abandono del cargo, no gozaba de permiso sindical remunerado, dado que fue la Junta Directiva del Sindicato ASPROINSPES, que el 18 de octubre de 2000 le comunicó al Jefe de la Oficina de Recursos Humanos que el permiso sindical remunerado era sustituido a otro funcionario, razón por la cual la funcionaria se encontraba en el deber legal de concurrir al lugar donde habitualmente prestaba el servicio docente (Instituto Pestalozzi), al no hacerlo durante más de tres (3) días seguidos conforme lo establecido en el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, se configura la causal de abandono del cargo.

Ahora bien a folio 129 obra la declaración juramentada que rindió el señor Enrique Berrio Arias, quien para la época de los hechos prestaba sus servicios a la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad del Atlántico y Directivo Sindical, quien indicó que a la demandante antes de la declaración de vacancia por abandono del cargo, no se le había revocado ningún permiso sindical y agregó que: “(...) *El Ministerio del Trabajo sancionó a la Universidad del Atlántico a causa del despido de Ana Josefa Díaz Perea (...)*”, y como prueba de ello aporta la Resolución No. 001592 de 8 de octubre de 2003. (Fls. 132-138)

La Resolución No. 001592 de 8 de octubre de 2003, fue proferida por el Coordinador del Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control de la Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social del Atlántico, y resolvió sancionar a la Universidad del Atlántico, por la violación al Código Sustantivo del Trabajo y a la Convención Colectiva del Trabajo de 1979, en la persona de Ana Díaz Perea, quien goza de fuero sindical otorgado por la organización sindical ASPROINSPES, al momento de la declaración de vacancia por abandono del cargo. (Fls. 132-138)

Dirá la Sala que la competencia para conocer sobre la legalidad de la Resolución 001592 de 8 de octubre de 2003, es de la Justicia Laboral Ordinaria; de otro lado, en el presente caso no está en discusión que la demandante efectivamente se encontraba amparada por fuero sindical y que hacía parte de la Junta Directiva del Sindicato ASPROINSPES, sino, si al momento de la declaración de vacancia gozaba o no de permiso sindical remunerado y conforme a las pruebas obrante en el expediente se puede decir:

- Que de conformidad con los artículos 14 y 15 de la Convención Colectiva de Trabajo, la Universidad se encontraba en la obligación de conceder un permiso permanente remunerado a un profesor.
- Que le corresponde al sindicato designar el trabajador que hará uso del referido beneficio.
- Que mediante Resolución No. 001325 de 26 de agosto de 1999 el Rector de la Universidad le concedió a la demandante permiso permanente remunerado por petición previa de la Organización Sindical.

- Que el 18 de octubre de 2000, el referido permiso fue sustituido a otro docente por la Junta Directiva de la Asociación Sindical.
- Que a partir de 19 de octubre de 2000, la actora se encontraba en la obligación de retomar las labores asignadas en el Instituto Pestalozzi.

Por las razones que anteceden, a juicio de la Sala la decisión de declarar la vacancia del cargo de la demandante tan sólo se vino a plasmar en acto administrativo emitido el 17 de febrero de 2002 (Resolución No. 000298) cuando ya había transcurrido tiempo suficiente que le hubiese permitido reasumir sus funciones.

En este orden de ideas, como la declaratoria de vacancia por abandono acusada en este proceso se ajustó a derecho, se impone revocar la decisión de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda y en su lugar se procederá a negarlas, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

FALLA

1°. **REVÓCASE** la sentencia de 13 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por Ana Josefa Díaz Perea contra la Universidad del Atlántico.

2°. En su lugar **NIÉGENSE las pretensiones** de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, **PUBLIQUESE**, DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA