



Concepto 158781 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000158781

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000158781

Fecha: 28/04/2022 08:02:06 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: RETIROS DEL SERVICIO. Abandono de cargo.

RAD.: 20222060136622 del veinticuatro (24) de marzo de 2022

En atención a la radicación de la referencia, en la cual consulta "Cuál es el trámite o procedimiento que se debe realizar con el fin de garantizar debido proceso y derecho de defensa de un funcionario a quien se le quiere decretar el abandono del cargo por falta injustificada por más de tres días a su lugar de trabajo? Si no se dan los tres días consecutivos de falta injustificada de un funcionario a su lugar de trabajo, ¿pero se tienen reiterados requerimientos en diferentes épocas que avizoran la continua inasistencia injustificada del funcionario, se puede llevar a cabo declaratoria de abandono del cargo?" Me permito manifestarle lo siguiente.

Previamente debe indicarse que de acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares no es competencia de este Departamento y corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal. De allí no le es procedente a este Departamento intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, o seguimiento, ni señalar los procedimientos o las implicaciones legales derivadas de sus actuaciones.

El Decreto Ley 409 del 16 de marzo 2020 "Por el cual se crea el régimen de carrera especial de los servidores de las Contralorías Territoriales", en su artículo 43 dispone:

"ARTÍCULO 43. Causales de retiro. El retiro del servicio de los empleados públicos de las contralorías territoriales conlleva la cesación en el ejercicio de funciones públicas en la Entidad, el retiro de la carrera del régimen especial, y la pérdida de los derechos de la misma. Son causales de retiro de la Entidad las siguientes:

1. Renuncia regularmente aceptada.

2. Declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.

3. Declaratoria de insubsistencia del nombramiento por inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente.

4. Declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio de la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera.

5. Retiro del empleado vinculado mediante nombramiento provisional, como consecuencia del resultado no satisfactorio de la evaluación del desempeño laboral.

6. Haber obtenido la pensión de jubilación, vejez o invalidez.

7. Supresión del empleo.

8. Edad de retiro forzoso.

9. Destitución como consecuencia de un proceso disciplinario.

10. Declaratoria de vacancia del empleo en caso de abandono del cargo.

11. Revocatoria del nombramiento por no acreditación de requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995 y las normas que la adicionen, sustituyan o modifiquen.

12. Muerte.

13. Por orden o decisión judicial

14. Las demás que determinen la Constitución y la Ley.

PARÁGRAFO. Las causales previstas en los numerales 1, 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 se regirán por las normas previstas en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la reglamenten, modifiquen o sustituyan". (Negrillas y subrayados fuera de texto)

El párrafo destaca que la causal 10, esto es “declaratoria de vacancia del empleo en caso de abandono del cargo”, se regirá por lo consignado en la ley 909 de 2004 y “las normas que reglamenten, modifiquen o sustituyan”.

El artículo 55 de la Ley 909 de 2004 dispone:

“ARTÍCULO 55. Régimen de administración de personal. Las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3 de la presente ley”.

Al respecto el Decreto 1083 de 2015 señala en que eventos se configura el abandono del cargo, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.9 Abandono del cargo. El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:

1. No resume 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 2.2.11.1.5 del presente Decreto, y

4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo.” (Subrayas y negrillas por fuera de texto)

Sobre el particular, el artículo 2.2.11.1.10 ibídem, estipula que, una vez comprobada la ocurrencia de alguna de las hipótesis de hecho referidas, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo “previos los procedimientos legales”. Y, de otra parte, que, si por el abandono del cargo se perjudicara el servicio, el empleado también se hará acreedor a las sanciones disciplinarias y a la responsabilidad civil o penal a que

haya lugar.

Sobre el abandono del cargo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1189 de 2005, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, dispuso:

"(...) 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. Ello es así, porque de ser justificado el abandono del cargo o del servicio desaparece la antijuridicidad del hecho y, por consiguiente, la falta disciplinaria."

(...) la Corte Constitucional ha establecido que la coexistencia del abandono del cargo como causal de retiro del servicio en el régimen de la administración pública y como falta gravísima en el Derecho Disciplinario no implica la vulneración de la prohibición del doble enjuiciamiento o principio constitucional del non bis in idem, sino que los dos regímenes están regidos por principios, funciones y finalidades diversos y que, si bien la posibilidad para la autoridad administrativa de declarar la vacancia del empleo ante la configuración de la causal de abandono del mismo conlleva una consecuencia negativa para el servidor o el funcionario público, ésta no constituye una medida sancionatoria;"

"De esta manera, al igual que en aquella oportunidad, estima esta Corporación que la norma no tiene una proyección disciplinaria ni constituye una sanción que se enmarque en dicho ámbito. Como se planteó en líneas precedentes del presente fallo, este Tribunal Constitucional encuentra que el retiro del servicio del empleado que incurra en abandono del cargo es una medida administrativa consecuente con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209) que rigen la administración pública, en tanto la misma debe contar con la posibilidad de proveer rápidamente un cargo que ha sido abandonado, para que un funcionario entre a cumplir las labores idóneamente, a fin de evitar traumatismos en la marcha de la administración. El proceso disciplinario, por el contrario, estaría dirigido, principalmente, a establecer la responsabilidad individual del funcionario, a fin de imponerle la sanción respectiva."

42.- No obstante, es de vital importancia recordar que la decisión de retiro del servicio de un empleado público tiene lugar mediante un acto administrativo de carácter particular y concreto para cuya expedición debe cumplirse el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo, esto es, que la actuación que de oficio inicie la administración, con el fin de retirar del servicio a un empleado -sea éste de carrera o de libre nombramiento y remoción-, le debe ser comunicada, para efectos de que éste pueda ejercer su derecho de defensa, al ser oído por la autoridad administrativa competente, así como para contar con la oportunidad de aportar y controvertir las pruebas que le sean adversas." (Subrayado fuera de texto)

De la precitada jurisprudencia se colige que el debido proceso y el derecho de defensa que tiene lugar en el marco de la expedición de un acto administrativo de retiro del servicio de un empleado público debe surtirse según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La Corte Constitucional en Sentencia T-424 de 2010, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez, señaló también:

"El abandono del cargo, debidamente comprobado, es una de las formas de la cesación de funciones o retiro del servicio, que puede ser objeto de sanción, si se dan los supuestos para que se produzca la falta gravísima a que aluden las normas disciplinarias, tanto la ley 200 de 1995, como la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, precepto este último que igualmente la consagra como falta gravísima."

"Esta declaratoria de vacancia de un cargo no exige el adelantamiento de proceso disciplinario; basta que se compruebe tal circunstancia para proceder en la forma ordenada por la ley. Es decir, que esta ópera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la administración al respecto es meramente declarativo."

"Pero adicionalmente a la comprobación física de que el empleado ha dejado de concurrir por tres (3) días consecutivos al trabajo, la ley exige que no se haya acreditado justa causa para tal ausencia, obviamente estimada en términos razonables por la entidad en la que presta sus servicios. Si la justa causa se comprueba con posterioridad, el acto debe revocarse..." ."

"El abandono del cargo, per se, tiene la categoría suficiente para hacer viable la separación del servicio..." (Subrayas y negrillas por fuera de texto)

Así las cosas, el abandono del cargo se produce porque el servidor público sin justa causa no asiste a su trabajo durante tres días consecutivos, o porque no reasume sus funciones al término de una comisión, permiso, licencia o vacaciones, o deja de hacerlo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio, situación que puede dar lugar a dos acciones independientes:

La primera, como una acción o actuación administrativa que busca declarar la vacancia del empleo previo los procedimientos legales y respetando el debido proceso.

La segunda, un proceso disciplinario el cual puede adelantarse posterior o paralelamente con la acción administrativa anteriormente señalada, el cual pretende salvaguardar es la estabilidad y regularidad de la función pública, mediante el correcto funcionamiento y la adecuada prestación de los servicios, así las cosas, la falta disciplinaria se estructura cuando se presenta abandono injustificado del cargo.

Por lo tanto, si el empleado no asiste a su trabajo tres días y no son debidamente justificados, se deberá iniciar el proceso disciplinario con el fin de imponer las sanciones respectivas, si continúan las inasistencias se deberá declarar la vacancia del empleo previo los procedimientos legales y respetando el debido proceso.

Ahora bien, frente a la falta disciplinaria que lleva consigo el abandono del cargo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: doctor: Jesús María Lemos Bustamante, del seis (6) de diciembre de dos mil siete (2007), expediente No. 150012331000199717363 01, dispuso:

"La Sala Plena de la Sección Segunda, con el fin de unificar la jurisprudencia, en sentencia de 22 de septiembre de 2005 recogió el anterior planteamiento jurisprudencial sobre la materia y precisó que 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. Bajo esta línea se tiene 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. Para que la administración llegue a la conclusión de que el abandono del cargo se configura y profiera la correspondiente declaratoria de vacancia del cargo no se requiere adelantar un proceso disciplinario. Basta, entonces, que se verifique el hecho del abandono para que se declare la vacante pues tal declaratoria es la consecuencia obligada del abandono del cargo."

En conclusión, a criterio de esta Dirección Jurídica la situación de abandono del cargo puede dar lugar a un proceso administrativo y a otro disciplinario que no son excluyentes, y tratándose del procedimiento administrativo para la declaratoria de vacancia por abandono del cargo, el trámite deberá regirse por las normas previstas para ello en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de esta forma se garantiza el debido proceso y el derecho de defensa del empleado.

Respecto de la segunda pregunta se concluye que la normativa estudiada es precisa al señalar que para proceder con la declaratoria vacancia por abandono del cargo debe el empleado incurrir en la conducta descrita por el término de tres (3) días consecutivos, si falta uno o dos días o lo hace de manera alternada se deberá adelantar acciones disciplinarias.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link /web/eva/gestor-normativo, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Pablo C. Díaz B.

Reviso: Harold Herreño

Aprobó: Armando López C

11602.8.4