

**Función Pública**

Sentencia 00348 de 2009 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO - No requiere el adelantamiento previo de un proceso disciplinario. Antecedente jurisprudencial / ABANDONO DEL CARGO - Procedimiento / ABANDONO DEL CARGO - Justificación. Carga de la Prueba

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 designar el reemplazo del funcionario que de manera injustificada ha hecho dejación del cargo, con el fin de evitar traumatismos en la prestación del servicio, en los eventos en que se presente cualquiera de las causales previstas en el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, el nominador deberá adelantar un procedimiento breve y sumario en orden a comprobar la ocurrencia de la omisión y proceder a declarar la vacancia del empleo, sin perjuicio de que el empleado pueda allegar oportunamente las pruebas que justifiquen su ausencia. En este caso la conducta descrita enervaría la anunciada declaratoria de vacancia. En este orden de ideas, al empleado le incumbe la carga de la prueba, sin perjuicio del procedimiento breve y sumario que debe adelantar el nominador, porque nada indica que éste deba relevar al inculpado de la carga probatoria. Es apenas lógico que la insuficiencia de la prueba justificativa deba soportarla el empleado ausente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 - ARTICULO 25 / DECRETO 3074 DE 1968 / LEY 27 DE 1992 - ARTICULO 7 / LEY 200 DE 1995 - ARTICULO 48 / LEY 200 DE 1995 - ARTICULO 25

NOTA DE RELATORIA: Sobre la declaración de la vacancia por abandono del cargo, no requiere adelantamiento previo de proceso disciplinario, Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 22 de Septiembre de 2005, Rad. 2103-03 MP Ana Margarita Olaya Forero.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil nueve (2009).

Rad. No.: 25000-23-25-000-2003-00348-01(0817-08)

Actor: MARIA DEL MAR CANSARIO PEREZ

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 12 de julio de 2007, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, accedió a las súplicas de la demanda instaurada por María del Mar Cansario Pérez contra la Nación, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

LA DEMANDA

MARÍA DEL MAR CANSARIO PÉREZ, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad del siguiente acto:

Resolución No. 1619 de 27 de septiembre de 2002, proferida por la Dirección del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por la cual se declaró la vacancia de cargo de Profesional 430-23, que desempeñaba la actora por abandono del mismo.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar al ente accionado a:

Reintegrarla al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía.

Pagar a título de indemnización los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta cuando se decreta su reintegro.

Disponer que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio.

Dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Pagar las costas del proceso, con fundamento en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Venía desempeñando el cargo de Profesional 430-23 de la Planta Global del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, mediante nombramiento realizado por la Resolución No. 1795 de 1 de octubre de 1999, fecha en la cual se posesionó según acta No. 0101.

Por Resolución No. 1428 de 22 de agosto de 2001, se le confiere comisión de estudios en el exterior por el lapso comprendido entre el 15 de septiembre de 2001 al 30 de junio de 2003, para que adelante programa de doctorado en ingeniería de la construcción en la Universidad Politécnica de Catalunya.

Atendiendo a lo dispuesto por el Decreto 1050 de 1997, se expide el Oficio No. 3853 de 22 de agosto de 2001, que indica que se debe suscribir convenio con el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y constituir póliza de garantía por dos años y un mes, que cubre la duración del curso de doctorado.

El 10 de septiembre de 2001, la actora suscribió convenio con el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en el cual se determinaron las obligaciones de la comisionada, asistir a la totalidad de las clases que comprenden los estudios de doctorado objeto de la comisión; cumplir con los horarios, exámenes y demás requerimientos exigidos por el mismo; de la misma manera el término del convenio, el cual irá del 10 de septiembre de 2001 al 14 de septiembre de 2004; las prorrogas de la comisión de estudios, las cuales se condicionan al artículo 7, inciso 3 del Decreto 1050 de 1997.

Firmado el convenio y legalizado mediante la presentación de la correspondiente póliza, la demandante viajó a la ciudad de Barcelona, España, con gastos cubiertos por la entidad y donde se comprometía a cubrir los demás gastos hasta el 14 de octubre de 2003.

Desde la fecha en que viajó a Barcelona, España, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, estaba informado y sabía de la nueva dirección y domicilio de la actora.

Con base en lo pactado en el convenio y dentro del término estipulado, la actora en Oficio del 4 de julio de 2002, solicitó al Director de la época la prórroga de la comisión para culminar sus estudios que se prolongaban hasta el 30 de junio de 2003. En consideración a que no tuvo respuesta, el 10 de julio de 2002, reiteró su solicitud de la comisión de estudios por un año más.

Mediante Oficio No. 2755 de 12 de julio de 2002, dirigido a la residencia de los padres de la actora, el Jefe del Área de Recursos Humanos le informó que la solicitud de prórroga había sido negada, sin exponer los fundamentos de dicha negativa, violando lo dispuesto en el convenio, puesto que a la actora se le había comisionado para adelantar su doctorado entre el 15 de septiembre de 2001 y el 30 de junio de 2003 y dentro de sus obligaciones estaba la de asistir a todas las clases. No se le notificó en debida forma la negativa de la prórroga y la orden de su reincorporación a su cargo, por lo que el acto carece de validez.

El 16 de agosto de 2002, en consideración a que no conocía la negativa de la prórroga, la actora reiteró la solicitud de la misma, cumpliendo con los requisitos exigidos por la cláusula del convenio, pues mediante la comunicación hecha acompañó la constancia expedida por el Departamento de Ingeniería de la Universidad Politécnica de Catalunya, con la cual se informaba que había culminado y cursado los créditos correspondientes a la fase de docencia y que el curso culminaba previa la formalización de la matrícula en el 2003.

Los documentos descritos demuestran a plenitud que la actora estaba cumpliendo de buena fe el convenio y que la entidad sin explicación alguna lo incumplió, como lo deja ver la comunicación de 29 de agosto de 2002, suscrita por el Subdirector de la entidad y dirigida nuevamente a la residencia de los padres, a pesar de que el Departamento Administrativo estaba enterado de que residía en la ciudad de Barcelona.

Teniendo en cuenta que la demandante desconocía hasta la fecha la negativa de prórroga, nuevamente el 3 de septiembre de 2002 expone las razones que le asistían para solicitar la prórroga de la comisión de estudios.

Por Oficio No. 0928 de 20 de septiembre de 2002, dirigido nuevamente a la residencia de los padres, el Subdirector de la entidad llama la atención a la actora por no haberse presentado a laborar en la fecha indicada en anteriores comunicaciones. Los funcionarios de la entidad insisten en ignorar que su domicilio era en Barcelona, conociendo la dirección de la Universidad, razón por la cual dicha comunicación carece de efecto legal, puesto que no ha sido notificada.

Con Oficio No. 1012 de 27 de septiembre de 2002, dirigido a la residencia de los padres, el Jefe de Área de Recursos Humanos le remitió copia de la Resolución No. 1619 de la misma fecha, por la cual se declara vacante el cargo que venía desempeñando y se retira del mismo a partir del 16 de septiembre de 2002.

La Resolución no fue notificada en debida forma, puesto que la Administración estaba enterada que la residencia y domicilio estaba ubicado en Barcelona, razón por la cual debió comisionarse al Cónsul de Colombia para que notificara el contenido de dicho acto.

Como la Resolución No. 1619 de 27 de septiembre de 2002 no fue notificada en debida forma, el 15 de enero de 2003 la actora elevó solicitud de revocatoria de la misma, sin que hasta la fecha se haya notificado respuesta alguna.

La actora devengaba al momento de su ilegal desvinculación, un salario mensual de \$1.118.511.

Encontrándose la actora en la ciudad, gozando de vacaciones otorgadas por la Universidad Politécnica de Catalunya, el 13 de enero de 2003, se notificó de la investigación disciplinaria, bajo la imputación de abandono del cargo.

El 15 de enero de 2003 se llevó a cabo la audiencia de procedimiento verbal, donde se entregó por escrito la defensa del cargo y solicitó la suspensión de la diligencia.

A la fecha de presentación de la demanda, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, no ha hecho pronunciamiento alguno en lo relativo al convenio suscrito para dar cumplimiento a la comisión de estudios.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, el artículo 29.

De la Ley 734 de 2002, el artículo 6.

Del Decreto 1950 de 1973, el artículo 88.

Del Decreto 1050 de 1997, el artículo 7.

Del Código Contencioso Administrativo, el artículo 44.

Consideró la accionante que con la Resolución demandada se violó el artículo 29 de la Constitución que consagra el debido proceso, pues se profirió sin oír en descargos a la actora, sin que se le notificaran las respuestas a las solicitudes de prórroga, o sea en forma personal y en el domicilio, que era la ciudad de Barcelona, hecho conocido por la Administración desde cuando profirieron el acto de comisión de estudios y suscribieron el convenio para adelantar sus estudios de doctorado.

La entidad celebró el convenio con la actora en desarrollo de lo dispuesto por el Decreto 1050 de 1997, que en su artículo 7 impone la obligación de limitar un año la comisión de estudios, pero también establece que se puede prorrogar por dos veces siempre que se trate de obtener un título académico, como el caso de la actora, quien fue comisionada para adelantar un doctorado por el período comprendido entre el 15 de septiembre de 2001 al 30 de junio de 2003.

La actora demostró con certificaciones de la Universidad, el lugar donde adelantaba sus estudios de doctorado, que sus resultados fueron satisfactorios, razón por la cual al no considerar la solicitud de prórroga está incumpliendo el convenio celebrado. No sobra advertir, que cuando la Universidad Politécnica de Catalunya, se enteró de la negativa de prórroga de la comisión de estudios, en reconocimiento al éxito obtenido, solicitó al Gobierno Español se le otorgara una beca para la culminación de sus estudios de doctorado, a lo cual accedió y en la actualidad disfruta de dicha beca.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia del 12 de julio de 2007, accedió a las súplicas de la demanda, decretando la nulidad del acto y ordenando el respectivo reintegro y el pago de lo dejado de percibir, con los siguientes argumentos (Fls. 223 a 236):

La Sala encuentra que se desconoció el derecho a un debido proceso, no es del caso entrar a analizar si la administración debía o no conceder la prórroga peticionada por la actora para culminar sus estudios de doctorado, pues no es dable jurídicamente decretar un abandono de cargo, sin

el derecho de audiencia del empleado interesado.

Resultaba indispensable que la actuación se adelantara dando estricta aplicación a los artículos 14, 34 y 35 del C.C.A., que establecen la posibilidad de que las actuaciones administrativas sean conocidas, así como el poder rendir descargos, solicitar pruebas y controvertir las que se enrostran e interponer los recursos que correspondan.

La actora no conoció el inicio de la actuación, ya que no le fue notificada, por lo que no pudo presentar descargos, ni mucho menos pedir pruebas y controvertirlas. Es decir no tuvo oportunidad de defenderse del señalamiento que se le endilgaba.

La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 41, literal i) de la Ley 909 de 2004, se refirió a la existencia del abandono del cargo como causal autónoma, pero anotó la obligatoriedad de la actuación administrativa, que fue el motivo de la condicionalidad de la norma.

Debió la administración iniciar una actuación administrativa, en donde la actora tuviera la oportunidad de asumir su defensa, de conformidad con los artículos del Código Contencioso Administrativo. La no observancia de tales normas acarreó una violación al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución, su no cumplimiento origina la anulación del acto de esa forma.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada sustentó el recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, con los siguientes argumentos (Fls. 249 a 252):

El Tribunal basó su decisión en la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad del artículo 41, literal i) de la Ley 909 de 2004, la cual no es aplicable al caso, teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la declaración de retiro del cargo por abandono y la investigación disciplinaria que pueda suscitarse, son dos situaciones jurídicas autónomas, completamente distintas, que de manera alguna impide a la administración la facultad de retirar del servicio a quien incurra en dicha causal.

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República no violó el derecho al debido proceso, en cuanto el abandono del cargo de la actora se produjo objetivamente, como lo demuestran los Oficios del 20 de septiembre de 2002, suscritos por el Subdirector y el Jefe de Área Administrativa y Financiera de la entidad.

La declaratoria del retiro del cargo por abandono del mismo, no requería que la entidad adelantara previamente una investigación por esta causal, pues el hecho de no haber concurrido durante el lapso de 3 días consecutivos a laborar, era suficiente para que se procediera como se hizo, esto es retirándola del cargo por su inasistencia injustificada a laborar y para garantizar la continuidad en el servicio que se veía afectado por la irregular actitud de la ex funcionaria.

Mal puede endilgarse a la entidad una supuesta violación del derecho al debido proceso, si la demandante era plenamente conciente cuando suscribió el Convenio No. 032A-01 que se comprometía a prestar sus servicios por el doble del tiempo de duración de la comisión de estudios, esto es, por el término de un año, que expiraba el 14 de septiembre de 2002, debiéndose reintegrar el 16 de septiembre de 2002, cosa que no hizo y que dilató bajo la excusa de que ignoraba la negativa de la prórroga, estando demostrado que sí conocía de esta decisión, pues en su escrito de 3 de septiembre de 2003, dirigido al Director del Departamento, menciona el Oficio No. 0057 de 29 de agosto de 2002.

No se probó que la entidad violara el derecho al debido proceso y defensa, por el contrario las pruebas que obran demuestran que la demandante incumplió con sus obligaciones, a pesar de que conocía, así sea por conducta concluyente, la negativa de la prórroga de la comisión de estudios por un año más y decidió de manera faltar a sus deberes y no reincorporarse al cargo, independientemente de que la entidad la requiriera para que se presentara a laborar, pues esa era su obligación como funcionaria al servicio del Estado.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, solicitó confirmar la sentencia recurrida, con los siguientes argumentos (Fls. 260 a 267):

La apelante desconoce que el fallo señaló que era indispensable que la actuación se adelantara dando estricta aplicación a los artículos 14, 34 y 35 del C.C.A., que establecen la posibilidad de que las actuaciones administrativas sean conocidas por sus destinatarios, y no se requería que la entidad adelantara previamente una investigación disciplinaria para proceder a la declaratoria de abandono del cargo, como lo entiende la apelante.

Lo probado es que la actuación tomada por la administración a través del acto enjuiciado desconoció las garantías inherentes al debido proceso. Si bien, no era necesario el agotamiento previo de un proceso disciplinario para proceder a decretar la vacancia por abandono del cargo, sí era requisito *sine qua non* adelantar y agotar el procedimiento administrativo establecido en los artículos 14, 28, 34, 35, 44 y 48 del C.C.A.

La entidad debió enterarla de sus decisiones por medio más eficaz como lo exige el artículo 14 del C.C.A., de preferencia la notificación en su domicilio del exterior o a través del consulado respectivo. De otro lado, tenía derecho a saber las motivaciones y razones legales de la negativa de la prórroga de su comisión de estudios.

En el fallo de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad (sic) del artículo 41, literal i) de la Ley 909 de 2004, se exige que debe cumplirse el procedimiento establecido en el C.C.A. y que dada la gravedad que implica la medida de retiro del servicio por abandono del cargo, hace indispensable que el funcionario cuente con las garantías del debido proceso, previa expedición del acto administrativo del retiro del servicio.

No se deben confundir los fundamentos del proceso disciplinario y el proceso administrativo, pues mientras el primero constituye una medida sancionatoria en la cual se debe hacer el respectivo análisis de culpabilidad y genera un antecedente disciplinario; el acto por el cual se declaró la vacancia de la actora no constituye un proceso disciplinario, sino que es una medida administrativa de retiro del servicio por abandono del cargo que configura una medida administrativa. Empero, esto no implica que no se deban ofrecer al servidor público las garantías previas inherentes al debido proceso y que desde luego se excluya la arbitrariedad y se brinde al funcionario la oportunidad de controvertir las razones de su desvinculación del servicio, antes de que se produzca.

Los artículos 126 y 127 del Decreto 1950 de 1973 no exigen el agotamiento previo de un proceso disciplinario pero si el agotamiento previo de un proceso administrativo que acate las reglas inherentes al debido proceso y que permita al funcionario ejercer su derecho de defensa y contradicción, lo cual se omitió en este caso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

-

El problema jurídico a resolver por esta Sala se contrae a establecer si se respetaron los derechos de la demandante con la declaratoria de vacancia del cargo de Profesional 430-23, del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Para tales efectos se deberá examinar la legalidad de la Resolución No. 1619 de 27 de septiembre de 2002, proferida por la Dirección del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por la cual se declaró la vacancia de cargo de Profesional 430-23, que desempeñaba la actora por abandono del mismo.

La Sala encuentra probado lo siguiente:

Mediante Resolución No. 1428 de 22 de agosto de 2001, proferida por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, se confirió comisión de estudios en el exterior a la actora por el término de un año comprendido entre el 15 de septiembre de 2001 y el 14 de septiembre de 2002. (Fl. 7).

La demandante suscribió convenio con la entidad en el cual se comprometió a prestar sus servicios por el doble de tiempo de duración de la comisión de estudios conferida por Resolución No. 1428 de 2001. (Fls. 8 a 9).

El 4 de julio de 2002 la actora solicitó al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, autorización para la prórroga de la vigencia de la comisión de estudios en el exterior y así mismo prórroga del convenio. (Fl. 13).

Mediante Oficio del 10 de julio de 2002, reiteró su petición de prórroga de la vigencia de la comisión y del convenio por un año más. (Fl. 14).

Por Oficio No. 2755 de 12 de julio de 2002, el Jefe de Área de Recursos Humanos de la entidad, informó que la solicitud de prórroga no había sido autorizada. (Fl. 16).

El 16 de agosto de 2002, la demandante nuevamente solicitó a la entidad la autorización de la prórroga del convenio suscrito y de la comisión, para poder culminar sus estudios. (Fls. 17 a 18).

Por Oficio No. 0557 de 29 de agosto de 2002, el Subdirector de la entidad, informó a la actora que la solicitud de prórroga no había sido autorizada. (Fl. 16).

Mediante Oficio, con fecha de recibido 16 de septiembre de 2002, la actora indicó: *“Muy comedidamente me refiero al Oficio No. 0057 (sic) de Agosto 29 de 2002 firmado por el Dr. Juan Guillermo Usme Fernández, en contestación a mi carta del 16 de agosto de 2002, en la cual hago referencia a mi solicitud de prórroga del convenio No. 032-A-1 de septiembre 15, de 2001 y Resolución No. 1428 de Agosto 22 de 2001, me permito informar a Usted que por razones de índole económica y de estudio se me hace imposible reintegrarme a mi cargo como Profesional 23-A (sic) el día 16 de septiembre del presente año.”*. (Fls. 21 a 22).

El Subdirector del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República por Oficio No. 0928 de 20 de septiembre de 2002, dio respuesta, indicando que la solicitud de prórroga había sido negada en dos ocasiones, incumpliendo el convenio suscrito, por lo tanto se procedería conforme a la ley. (Fls. 23 a 24).

Mediante Resolución No. 1619 de 27 de septiembre de 2002, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, declaró la vacancia del cargo de Profesional 430-23, por abandono del mismo y el retiro del servicio. (Fls. 3 a 4).

La actora solicitó la revocatoria directa de la Resolución No. 1619 de 2002, por ser violatoria de los derechos al debido proceso y defensa. (Fls. 30 a 32).

El 13 de enero de 2003, la actora se notificó de la citación a audiencia a celebrarse dentro del proceso No. 133-02, adelantado por la Oficina de Control Interno del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (Fl. 33).

El 15 de enero de 2003, se realizó la audiencia de procedimiento verbal dentro del proceso de carácter disciplinario, con la comparecencia de la demandante y su apoderado, con el fin de que rindiera versión sobre las circunstancias de la comisión de la presunta conducta de abandono injustificado del cargo. (Fls. 43 a 45).

El Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el 3 de febrero de 2003 atendió desfavorablemente la solicitud de revocatoria de la Resolución No. 1619 de 2002. (Fls. 171 a 175).

Mediante Resolución No. 2489 de 14 de diciembre de 2004, la entidad dando cumplimiento al auto del 21 de marzo de 2003, proferido por el Tribunal, por el cual se decretó la suspensión provisional de la Resolución No. 1619 de 2002, incorporó a la actora en el cargo que venía desempeñando. (Fls. 244 a 246 C.2).

Por Oficio, radicado el 20 de diciembre de 2004, la actora presentó renuncia al cargo que ocupaba. (Fl. 260 C.2). La cual fue aceptada por Resolución No. 2529 de 20 de diciembre de 2004. (Fl. 261 C.2).

La Sala entrará a estudiar el fondo del asunto:

Abandono del cargo

La jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo inicialmente 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.

Luego la Sección Segunda, Subsección A, indicó¹ 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.

Con posterioridad, la Sala Plena de la Sección Segunda, con el fin de unificar la jurisprudencia, en sentencia de 22 de septiembre de 2005² replanteó su posición y precisó:

“...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.

Prescribe el artículo 25 del Decreto Ley 2400 de 1968, que fue modificado por el Decreto Ley 3074 del mismo año, lo siguiente:

“La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaración de insubsistencia del nombramiento;*
- b) Por renuncia regularmente aceptada;*
- c) Por supresión del empleo;*
- d) Por retiro con derecho a jubilación;*
- e) Por invalidez absoluta;*
- f) Por edad;*

g) Por destitución y

h) Por abandono del cargo”.

Esta causal de retiro para los empleados públicos de carrera es consagrada 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.

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.

Recapitulando tenemos que la vacancia del cargo por abandono es una de las formas establecidas en la ley para la cesación de funciones o retiro del servicio público. Se presenta -conforme lo señala el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973- en cuatro casos, el segundo de los cuales ocurre cuando un empleado sin justa causa: "Deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos".

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

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

Esta es la tesis actualmente aplicable en la Corporación. Según esta interpretación 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 designar el reemplazo del funcionario que de manera injustificada ha hecho dejación del cargo, con el fin de 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.

El Decreto ley 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, consagró:

“Art. 25. La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos:

(...)

h.) Por abandono del cargo.”.

Así mismo, el Decreto 1950 de 1973, que reglamentó los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, con relación al abandono del cargo, dispuso:

“Art. 126.- El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:

1. No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar.

2. Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos.

3. No concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el art. 113 del presente decreto, y

4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo.

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

Bajo estos supuestos, en los eventos en que se presente cualquiera de las causales previstas en el artículo 126 transcrito, el nominador deberá adelantar un procedimiento breve y sumario en orden a comprobar la ocurrencia de la omisión y proceder a declarar la vacancia del empleo, sin perjuicio de que el empleado pueda allegar oportunamente las pruebas que justifiquen su ausencia. En este caso la conducta descrita enervaría la anunciada declaratoria de vacancia.

En este orden de ideas, al empleado le incumbe la carga de la prueba, sin perjuicio del procedimiento breve y sumario que debe adelantar el nominador, porque nada indica que éste deba relevar al inculpado de la carga probatoria. Es apenas lógico que la insuficiencia de la prueba justificativa deba soportarla el empleado ausente.

Caso concreto

De lo allegado al plenario se desprende que la actora tuvo oportunidad de manifestar ante la entidad las razones de su ausencia, de la misma manera la entidad no dejó de responder a los oficios enviados por la demandante, y si bien no notificó en debida forma sus decisiones, haciéndolas llegar a su lugar de residencia en Barcelona, España, la actora sí se enteró de éstas, así lo demuestra el oficio con fecha de radicado 16 de septiembre de 2002, obrante a folios 21 y 22, que dice: *“Muy comedidamente me refiero al Oficio No. 0057 (sic) de Agosto 29 de 2002 firmado por el Dr. Juan Guillermo Usme Fernández, en contestación a mi carta del 16 de agosto de 2002, en la cual hago referencia a mi solicitud de prórroga del convenio No. 032-A-1 de septiembre 15, de 2001 y Resolución No. 1428 de Agosto 22 de 2001, me permito informar a Usted que por razones de índole económica y de estudio se me hace imposible reintegrarme a mi cargo como Profesional 23-A (sic) el día 16 de septiembre del presente año.”.* Del citado oficio se evidencia que con anterioridad a la fecha de culminación de la comisión de estudios la actora tenía pleno conocimiento de que no había sido autorizada la prórroga de su comisión, por lo tanto, su deber era reincorporarse en la fecha establecida.

Además es preciso advertir que la entidad demandada no estaba en la obligación de prorrogar el término de la comisión, pues el Decreto 1050 de 1997, aplicable al caso, no lo contempla, y así en el convenio suscrito con la demandante se hubiera pactado lo relativo, se trataba de una facultad propia de la administración, que decidía, previo el estudio de algunos presupuestos si la concedía o no, ante ello la obligación de la demandante al enterarse de la negativa de la entidad, era reincorporarse a su cargo al vencimiento del término dado mediante la comisión de estudios, al no hacerlo enajenó su conducta en los postulados establecidos en los artículos 126 y 127 del Decreto 1950 de 1973, para el abandono del cargo y la declaratoria de vacancia del mismo.

Reitera la Sala, entonces, que de acuerdo con la actuación reseñada, la administración formalmente cumplió con el procedimiento previo a la declaratoria de vacancia de cargo, pues respondió siempre a las solicitudes de la actora, dándole la oportunidad de asumir su defensa, por tanto no encuentra la Sala alguna violación al debido proceso o al derecho de defensa de la demandante.

Al contrario, de las respuestas obrantes, se evidencia el desinterés de la misma por volver a su cargo, incumpliendo las obligaciones que había adquirido con la entidad cuando le fue concedida la comisión de estudios; con su actuar queda demostrado para la Sala que, así la entidad le prorrogara o no el término de su comisión, la actora no se reincorporaría a su cargo en la fecha tal como debía hacerlo.

Así las cosas, el acto administrativo que declara la vacancia por abandono del cargo puede ser expedido una vez verifique la administración la causal, sin necesidad de valorar circunstancias adicionales no previstas en la ley, salvo que la interesada hubiera acreditado justa causa de su ausencia, situación que no acontece en el presente caso. La actora no acreditó una justificación válida y razonable para su inasistencia, más, cuando con mucho tiempo de anterioridad al vencimiento de la comisión conocía de la negativa de la entidad de su prórroga, y no hizo nada para evitar las consecuencias que acaecieron.

No es de recibo lo afirmado por el Ministerio Público, en cuanto a que se desconoció lo establecido en los artículos 14, 28, 34, 35, 44 y 48 del C.C.A., pues aunque la notificación de las actuaciones previas debían hacerse en principio a la ciudad de Barcelona, España, la entidad de todas formas notificó a la última dirección que tenía en la ciudad de Bogotá, y a través de éstas la demandante, así hubiera sido por conducta concluyente se enteró de dichas comunicaciones, pudiendo expresar en dicho momento su inconformidad, como efectivamente lo hizo, y pudiendo solicitar o allegar lo que a bien considerara, pues la entidad nunca enervó dicho derecho.

Por lo anterior considera la Sala que acierta el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, cuando en el recurso de alzada, expresa: *“...las que obran en el expediente demuestran que la señora MARÍA DEL MAR CANSARIO PÉREZ incumplió con sus obligaciones, a pesar de que conocía (así sea por conducta concluyente) de la negativa de la prórroga de la comisión de estudios por un año más, y decidió de manera negligente, faltar a sus deberes y no reincorporarse al cargo, independientemente de que la Entidad la requiriera para que se presentara a laborar, pues esa era su obligación como funcionaria al servicio del Estado, lo que demuestra una actuación temeraria, pues la accionante unilateralmente pretendió prorrogarse la comisión de estudios u obligar a la Administración a que se la concediera.”*

Lo anterior cobra mayor relevancia al estar demostrado que la demandante renunció a su cargo para continuar en la ciudad de Barcelona, España, lo que evidencia que su interés independientemente de la respuesta de la entidad era continuar con sus estudios en dicho País.

Por último, no se accederá a la solicitud presentada por la demandante de condenar en costas a la entidad demandada, porque el criterio adoptado por la Corporación consiste en aplicar la disposición del artículo 171 del C.C.A. a los eventos en los que se observe temeridad o mala fe en la conducta de las partes y tal circunstancia no se advierte en el presente caso, la interposición del recurso de apelación es inherente al derecho de defensa, y está dado para objetar la decisión de primera instancia en aras de que el superior revoque o modifique la misma.

Por las anteriores razones, la Sala revocará la decisión del Tribunal, que accedió a las pretensiones de la demanda y negará las mismas.

DECISIÓN

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

FALLA

Revocase la sentencia de 12 de julio de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por María del Mar Cansario Pérez contra la Nación, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. En su lugar,

Nieganse las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.-

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Sentencias del 21 de junio de 2001, exp. 533-00 y 18 de noviembre de 2004, exp. 5620-03, entre otras.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 22 de septiembre de 2005, Consejera Ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero, actora: Cristina Lara Castro, ref. 110010325000200300244-01(2103-03).

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 09:50:55