

COPIA

21 NOV 2014

MEMORANDO

1-2014-59671

PARA: DR JOHN FREDY LOPEZ ALVAREZ
Oficina de Personal.

DE: OFICINA ASESORA JURIDICA

21 NOV. 2014 AS
9:28

ASUNTO: VACANCIA POR ABANDONO DEL CARGO DE NELSON SUAREZ ZAMBRANO.

Se recibe en esta oficina el proyecto de resolución por medio de la cual se declara la vacancia del cargo de docente del señor NELSON SUAREZ ZAMBRANO. En el acto administrativo se realiza el recuento de los hechos y en el mismo se indica que lo ocurrido es que el docente fue notificado de la decisión de segunda instancia que confirmaba la sanción disciplinaria por 6 meses de suspensión que se le había impuesto, y procedió a retirarse del cargo por ese motivo.

El tema es que el docente no esperó ser notificado de la resolución de ejecución de la sanción, la cual es proferida un mes después de la ejecutoria de la resolución que imponía la sanción, y notificada por aviso tres meses después del mismo evento.

I. PROBLEMA JURÍDICO

Se analiza si en el caso consultado se presentan las condiciones legales para declarar una vacancia por abandono del cargo.

II. TESIS:

En el caso del docente NELSON SUAREZ ZAMBRANO, no se presentan las condiciones para declarar una vacancia por abandono del cargo al haberse separado de sus funciones con la notificación de la resolución No 480 del 12 de marzo de 2014, en la cual se confirmaba el fallo de primera instancia de la Oficina de Control Interno Disciplinario que le impuso una sanción de suspensión de 6 meses.

III. FUNDAMENTO LEGAL

Ley 1437 de 2011

Ley 734 de 2002

Decreto 1950 de 1973.

Decreto 2400 de 1968.

Decreto 654 de 2011

IV. ANALISIS JURIDICO

Mediante concepto emitido el 11 de junio de 2013, por parte del suscrito en su condición de asesor del Despacho, se efectuó el análisis de la figura del abandono del cargo, incluyéndose en el mismo el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el particular, y al efecto se señaló:

" En primer lugar debe tenerse en cuenta que la conducta del abandono de cargo puede implicar, por lo menos, dos tipos de responsabilidades y consecuencias para el funcionario que incurre en dicha conducta, por un lado, es una conducta reprochable desde el punto de vista disciplinario y por otro, puede ser una causal autónoma de retiro del servicio.

Como se estudiará y analizará a lo largo del documento, de acuerdo con la jurisprudencia Constitucional, para que se configure la falta disciplinaria por abandono de cargo, deben concurrir los siguientes elementos: i) El abandono de las responsabilidades y deberes propios del cargo, debe ser voluntario y definitivo por parte del funcionario; ii) Debe ser injustificado, iii) Debe presentarse durante el término mínimo señalado en las normas.

Por otro lado, y de acuerdo con la jurisprudencia contenciosa, como causal autónoma de retiro del servicio, tiene por objetivo dar plena aplicabilidad a los principios que rigen la función pública y a evitar traumatismos en su marcha normal, que puede ser iniciada y declarada de oficio por la administración, siempre y cuando se le comunique al afectado, 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.

a. La creación legal del abandono de cargo como causal autónoma de retiro del servicio.

Debemos precisar que la creación de la figura del abandono de cargo como causal de retiro de servicio consagrada en el artículo 25 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3074 del mismo año, estableció como una causales de cesación definitiva de funciones, en los siguientes términos:

"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".*

Por su parte, el artículo 126 del Decreto reglamentario 1950 de 1973 consagró los eventos en que se produce el abandono del cargo, en los siguientes términos:

"El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:

1. *No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar.*
2. *Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos.*
3. *No concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del presente Decreto Nacional, y*
4. *Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo".*

Con posterioridad, 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.)

De acuerdo con las normas transcritas, 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".

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.

b. La creación legal del abandono de cargo como falta disciplinaria.

Por otro lado, el abandono del cargo, debidamente comprobado, como una de las formas de la cesación de funciones o retiro del servicio, puede ser objeto de sanción, si se dan los supuestos para que se produzca la falta gravísima a que aluden las normas disciplinarias, tanto en la Ley 200 de 1995, como en la Ley 734 de 2002.

En estos términos, y de manera general del derecho sancionatorio, el abandono del cargo puede ser sancionable en materia disciplinaria, 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.

Así mismo, el numeral 55 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, dispone que, entre otras conductas, el abandono del cargo constituye una falta gravísima.

Con el objetivo de absolver la consulta, en lo que sigue, en aplicación de la metodología de la ingeniería reversa¹, realizaremos un análisis de las líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre el abandono de cargo en instancias administrativa y disciplinaria.

a. Línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el abandono de cargo

El análisis de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el abandono de cargo como una de las causales de cesación definitiva de funciones puede ser abordado desde tres periodos. La primera etapa, y que obedece a la creación y concepción inicial del abandono de cargo, como causal autónoma de cesación definitiva de funciones, una segunda etapa, que obedece a la entrada en vigencia del Código Disciplinario Único, en el que el Consejo de Estado consideró que la declaratoria de abandono de cargo sólo podía ser decidida por la administración previo agotamiento de un proceso disciplinario, y una la tercera etapa actual, en la que el Consejo de Estado ha considerado que, el abandono de cargo es paralelamente una causal autónoma de retiro de servicio y una conducta que puede ser objeto de responsabilidad disciplinaria.

En el primer periodo, y de acuerdo con lo consagrado por el Decreto 2400 de 1968 y 1950 de 1973, el Consejo de Estado sostuvo 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.

El acto administrativo de desvinculación era expedido una vez comprobado cualquiera de los hechos descritos en la norma, es decir, bastaba simplemente el abandono del cargo por parte de su titular y la ausencia de una justa causa para que la autoridad competente procediera a retirarlo definitivamente del servicio. Tal decisión no era pues considerada como una sanción o pena.

Con posterioridad, en la segunda etapa, y luego de la entrada en vigencia del Código Disciplinario Único (Ley 200 de 1995), la Sección Segunda Subsección "A" sostuvo² que a partir de la expedición del Código "el abandono injustificado del cargo o del servicio" era considerado claramente por el legislador como una falta disciplinaria gravísima. Dicha consagración normativa, implicó para el alto Tribunal que cuando el servidor público no reasumiera sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los 30 días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar; o dejara de concurrir al trabajo por 3 días consecutivos; o no concurren al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo establecido en el artículo 113 del decreto 1950 de 1973; o se abstuviera de prestar el servicio antes de que asumiera el cargo quien habría de reemplazarlo; 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 de lo consagrado a la Ley 200 de 1995.

Dijo la Sección que era evidente para la Sala que las normas que preveían la causal de retiro del servicio por abandono del cargo, establecida en el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968, junto con su reglamentación

¹ Esta metodología consiste en el análisis sistemático de pronunciamientos jurisprudenciales en el que se analizan sentencias que tienen tres elementos en común que identifican el precedente: i) un mismo problema, iii) identidad en los hechos relevantes y iii) ratio decidiendo. Se identifica la última sentencia que hace parte del precedente (sentencia arquimédica) y de allí se revisan las sentencias citadas en tres o cuatro despliegues sucesivos (nicho citacional) estudiando las sentencias que presenten mayor número de citación.

² Sentencias del 21 de junio de 2001. Exp. 533-00 y 18 de noviembre de 2004. Exp. 5620-03, entre otras.

contenida en los artículos 126 a 128 del Decreto 1950 de 1973, fueron derogadas por aquella Ley 200, para ser gobernado el abandono injustificado del cargo o del servicio por el régimen disciplinario allí establecido.

Bajo esta tesis se le imponía a la entidad para declarar la vacancia del cargo por abandono, seguir un proceso disciplinario, y si ello no ocurría el acto se encontraba viciado de nulidad, por pretermitir el trámite señalado por la ley.

En un tercer periodo, y luego de la entrada en vigencia del actual Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), La Sala Plena de la Sección Segunda, con un fin unificador de la jurisprudencia, en sentencia de fecha 22 de septiembre de 2005³ vario su jurisprudencia 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.

De igual forma, en Sentencia del 6 de noviembre de 2003, con ponencia del Consejero Alberto Arango Mantilla, se señaló lo siguiente:

La doctrina ha sostenido que para la comisión de la falta disciplinaria de abandono injustificado del cargo o servicio" no basta la sola ausencia al lugar de trabajo, que por sí solo no demuestra el propósito de obrar contra el derecho, sino que es menester además, como falta disciplinaria dolosa, demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar el cargo sin razón valedera y de obrar a sabiendas de la ilicitud del acto". (Carlos Mario Isaza Serrano, Derecho Disciplinario, parte general, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, página 143, 1997).

En armonía con lo precedente, y de acuerdo con la jurisprudencia actual⁴ del Consejo de Estado, se tiene entonces que el abandono del cargo comporta en la actualidad efectos autónomos distintos en materia de función pública, que no derivan siempre y de manera irrestricta 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, figura esta que 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, sin que se requiera adelantar un proceso disciplinario, pues basta para disponer de esa medida, que se presenten los hechos configurativos del abandono para presumir su ocurrencia. El abandono del cargo, per se, tiene la categoría suficiente para hacer viable la separación del servicio. (el resaltado es nuestro).

b. Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional del abandono de cargo

La sentencia arquimédica en la que la Corte Constitucional se ocupó de estudiar la procedencia de declaratoria de abandono de cargo en instancias administrativa y disciplinaria, es la Sentencia en la que se analizó la constitucionalidad del literal g) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998, norma que incluía dentro de las causales de retiro del servicio de los empleados de carrera, la declaratoria de vacancia del empleo en el

³ 110010325000200300244-01(2103-03) ACTOR CRISTINA LARA CASTRO M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

⁴ Sentencia del 26 de enero de 2006, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-04982-01(4196-04)

caso de abandono del mismo. El pronunciamiento sobre la constitucionalidad de esta disposición tuvo lugar en la Sentencia C-088 de 2002.

El cargo de la demanda consistía en que, según el actor, la disposición controvertida desconocía el principio del non bis in idem, en tanto configuraba una doble sanción para la conducta del abandono del cargo, pues la misma ya estaba contemplada dentro del ordenamiento jurídico colombiano como una falta disciplinaria gravísima, por lo cual no resultaba constitucionalmente válida su consagración como causal autónoma de retiro de la carrera.

La Corte declaró la exequibilidad de la disposición acusada, bajo la consideración de que es perfectamente viable y no contraviene la prohibición constitucional del doble enjuiciamiento que dentro del ordenamiento jurídico colombiano coexistan consecuencias negativas tanto en el régimen disciplinario como en el de carrera administrativa para aquel servidor público que abandone injustificadamente su empleo.

A esta conclusión llegó el Tribunal Constitucional con base en las diferencias existentes entre estos dos regímenes jurídicos. La sentencia señala varias diferencias importantes, "pues el régimen de carrera está fundado en el mérito y se centra en asegurar ante todo la eficacia y continuidad de la actividad estatal, mientras que los procesos disciplinarios protegen preferentemente la moralidad de la administración, y por ello se centran en verificar el cumplimiento de los deberes propios del cargo por los respectivos funcionarios. Por ello, nadie duda que el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionatorio, tal y como esta Corte lo ha destacado en múltiples oportunidades, mientras que el régimen de carrera no tiene una vocación de sanción sino de selección de los mejores servidores, y evaluación y control de su desempeño."

A partir de lo anterior, la Corte Constitucional concluyó que en atención a tales diferencias, no poco relevantes, principalmente en lo relativo a las finalidades y funciones de los dos regímenes referidos, un mismo comportamiento puede implicar consecuencias negativas para un servidor público en ambos ámbitos, sin que ello conlleve la violación de la prohibición del doble enjuiciamiento o principio del non bis in idem. Lo anterior, por cuanto una tal prohibición no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas consecuencias jurídicas "siempre y cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades. (...) el non bis in idem veda es que exista una doble sanción, cuando hay una identidad de sujetos, acciones, fundamentos normativos y finalidad y alcances de la sanción."

Por último, la Corte hizo énfasis en que la jurisprudencia ha reconocido que el régimen de carrera administrativa debe ser establecido por ley con sujeción a los preceptos constitucionales, lo cual otorga un amplio margen de libertad de configuración del legislador para determinar los diversos aspectos que envuelve dicho régimen, tales como el ingreso, ascenso y retiro, los méritos y calidades de los aspirantes, entre otros. Indicó que la Constitución Política confiere, específicamente, potestad al legislador para que defina otras causales que determinen el retiro de la carrera, por lo cual el Congreso actuó dentro de su órbita de competencia al regular la hipótesis de abandono del cargo para el retiro de la carrera.

Por otra parte, en la Sentencia C-1189 de 2005, la Corte Constitucional, revisó la constitucionalidad del literal i del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el cual establece la posibilidad de declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo, como una causal autónoma del retiro del servicio. En dicha sentencia, la Corte Constitucional, reiteró su postura de que el abandono de cargo es una causal autónoma de declaratoria de vacancia y retiro del servicio de los funcionarios públicos, en los siguientes términos:

"la causal de retiro del servicio por abandono del cargo, consagrada en el literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, no tiene proyección hacia el derecho disciplinario, sino que se enmarca dentro de las medidas administrativas que tienden a dar plena aplicabilidad a los principios que rigen la función pública y a evitar traumatismos en su marcha normal."

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional determinó que aunque es constitucional la consagración del abandono de cargo como causal autónoma de retiro del servicio, este debe ser declarado por la administración en cumplimiento del siguiente procedimiento: *"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"*

V.CONCLUSIONES

De acuerdo con lo analizado, se considera que los parámetros que debe tener en cuenta la Secretaría de Educación para declarar el abandono de cargo como causal de cesación definitiva de funciones en instancia administrativa y como causal de responsabilidad disciplinaria, son las siguientes:

a. Como causal autónoma de retiro del servicio.

- La 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 ópera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la administración al respecto es meramente declarativo, sin perjuicio, de que su declaratoria administrativa pueda acarrear simultánea y paralelamente para el servidor público, en los términos del artículo 128 del Decreto 1950 de 1973, las sanciones disciplinarias y responsabilidad civil o penal que le corresponda.
- La comprobación física de que el empleado ha dejado de concurrir por tres (3) días consecutivos al trabajo, **no es circunstancia suficiente para la declaratoria de abandono en sede administrativa, la ley exige que no se haya acreditado justa causa para tal ausencia**, estimada en términos razonables por la entidad en la que presta sus servicios. Incluso, si la justa causa se comprueba con posterioridad, el acto debe revocarse.
- Como causal autónoma de retiro del servicio en sede administrativa, tiene por objetivo dar plena aplicabilidad a los principios que rigen la función pública y evitar traumatismos en su marcha normal, que puede ser iniciada y declarada de oficio por la administración, siempre y cuando se le comunique al afectado, 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.
- En consideración a que el abandono de cargo en instancia administrativa es 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, sin que se requiera adelantar un proceso disciplinario, dicha declaratoria debe ser ejercida en un término razonable, es decir, que debe estar demostrada su adecuación temporal frente a la necesidad de garantizar la prestación del servicio y su no traumatismo.
- Al igual que para la declaratoria en materia disciplinaria, para su declaratoria en instancia administrativa, deben concurrir los siguientes elementos: i) **El abandono de las responsabilidades y deberes propios del cargo, debe ser voluntario y definitivo por parte del funcionario;** ii) **Debe ser injustificado,** iii) **Debe presentarse durante el término mínimo señalado en las normas.** (el resaltado es nuestro).

b. El abandono del Cargo como falta gravísima en materia disciplinaria.

- De conformidad con lo establecido por el artículo 48- numeral 55 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) la imputación de la responsabilidad disciplinaria por abandono de cargo debe ser por una conducta injustificada, es decir que no medie causa alguna que exonere al funcionario de abandonar los deberes de su cargo.

- La imputación de la responsabilidad disciplinaria por la conducta omisiva de abandono de cargo sólo puede ser endilgada si la conducta es típica, antijurídica y culpable.

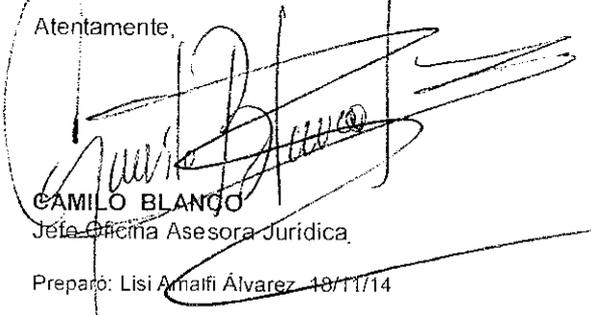
- En materia disciplinaria, para que se configure la falta disciplinaria, deben concurrir los siguientes elementos: i) El abandono de las responsabilidades y deberes propios del cargo, debe ser voluntario y definitivo por parte del funcionario; ii) Debe ser injustificado, iii) Debe presentarse durante el término mínimo señalado en las normas."

Tenemos entonces frente al caso que nos ocupa, que el señor SUAREZ ZAMBRANO, se retira del servicio una vez le es notificado de la Resolución No 480 del 12 de marzo de 2014, a través de la cual se confirmaba una sanción disciplinaria de suspensión por 6 meses, sin esperar que le fuera notificada la Resolución de ejecución de la mencionada sanción.

Dada la situación fáctica, y con base en el análisis efectuado, no se observa que en el presente caso, el retiro sea voluntario y definitivo, elementos que, jurisprudencialmente se han señalado como determinantes para calificar una situación como abandono del cargo como causal autónoma y administrativa de retiro del servicio.

Siendo esta la situación debe permitirse que el funcionario se reintegre a sus funciones, toda vez que a la fecha no existe ningún acto administrativo que lo separe legalmente del servicio.

Atentamente,



CAMILO BLANCO

Jefe Oficina Asesora Jurídica.

Preparó: Lisi Amalfi Álvarez 18/11/14

Anexo: proyecto y antecedentes.