

DEL ABANDONO DEL CARGO COMO CAUSAL DE RETIRO DEL SERVICIO PÚBLICO – LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Arturo Eduardo Matson Carballo¹

El abandono del cargo, viene previsto como una de las varias causales de retiro del servicio público que tiene establecida nuestra legislación, concretamente el literal i del artículo 41 de la ley 909 de 2004 o ley de carrera administrativa.

De acuerdo con el mencionado artículo, el retiro del servicio de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción y de los empleados públicos de carrera, se produce entre otras causales, por la *“Declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo”*.

La ley 909 únicamente la consagra como causal de retiro, pero no dice que casos constituyen abandono del cargo.

En ese aspecto, toca entonces remitirnos a lo que viene establecido al respecto por el decreto ley 2400 de septiembre 19 de 1968² y su decreto reglamentario 1950 de 1973³

En cuanto al decreto 2400 de 1968, esta norma, en el artículo 25 literal h, consagró de manera expresa el abandono de cargo

como causal de retiro del servicio público, mientras que en el decreto 1950 de 1973, que lo reglamenta, se establece en el artículo 126 las diferentes situaciones que configuran abandono del cargo y que son las siguientes:

1. Cuando un empleado sin justa causa 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. Cuando un empleado sin justa causa deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos.
3. Cuando un empleado sin justa causa no concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del presente decreto, y
4. Cuando un empleado sin justa causa se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de remplazarlo.

¹ Abogado. Especialista en Derecho Público y Derecho Procesal. Magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar.

² Publicado en el Diario Oficial No 32.625, del 18 de octubre de 1968

³ Publicado en el Diario Oficial No 33.962, del 5 de noviembre de 1973

Explico la primera de las situaciones con un ejemplo, supongamos que a un empleado público le fue otorgada una licencia no remunerada que de acuerdo a la ley, máximo puede ser hasta por 90 días al año, continuos o discontinuos incluida la prórroga⁴, y que llegado el día de vencimiento de dicha licencia no remunerada el empleado no se reintegra a sus funciones, en ese caso, el empleado se encuentra en situación de abandono del cargo y puede serle aplicada la causal de retiro por esa causa.

La segunda de las situaciones es diferente, porque en ésta al empleado no se le ha autorizado por el nominador ninguna situación administrativa, verbigracia licencia, comisión, permiso, vacaciones o prestación del servicio militar, sino que por el contrario, el empleado no estando amparado por ninguna de ellas, deja de asistir a su sitio de trabajo por tres días consecutivos sin justificación alguna.

La tercera hipótesis se da por ejemplo, cuando un empleado solicita un permiso o una licencia no remunerada y se ausenta de su sitio de trabajo antes de que dichas situaciones administrativas le sean autorizadas mediante el respectivo acto administrativo, lo cual no es correcto porque el empleado debe esperar a que se le autoricen, o cuando un empleado renuncia a su cargo e inmediatamente se retira de la entidad,

lo cual no está bien hecho, porque debe esperar a que la administración se pronuncie aceptándole la renuncia por escrito, para lo cual la administración cuenta con un plazo de 30 días a partir de la presentación⁵ y solo cuando ese plazo se ha vencido sin que la administración se haya pronunciado es que el empleado puede retirarse de la entidad sin que incurra en abandono del cargo.

Y la cuarta situación es cuando el empleado público deja de cumplir sus funciones antes de que su reemplazo asuma el cargo, pues hasta tanto ello no ocurra lo correcto es que el empleado siga desempeñando sus funciones para que el servicio público no se afecte.

Una vez hechas las anteriores precisiones conceptuales respecto de la figura jurídica del abandono del cargo, paso a continuación a mostrar cual ha sido el desarrollo que la jurisprudencia le ha dado a la misma, en cuanto al procedimiento a seguir para aplicar ésta causal de retiro del servicio público.

En ese sentido, el principal problema jurídico que se ha analizado por la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido el de si se trata ésta de una causal autónoma de retiro del servicio público o si por el contrario para su aplicación es necesario agotar previamente un proceso disciplinario.

Como respuesta al anterior problema jurídico,

4 Artículo 61 decreto 1950 de 1973

5 Art. 130 decreto 1950 de 1973



podemos identificar una línea jurisprudencial que se puede construir a partir de la misma jurisprudencia del Consejo de Estado y para lo cual como punto arquimédico tomare la sentencia más reciente encontrada expedida por esa Corporación.

Dicha sentencia es de fecha 23 de julio de 2009, proferida por la sección segunda de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, de la cual fue ponente el Consejero doctor Victor Hernando Alvarado Ardila, dictada en el proceso con radicación número: 25000-23-25-000-2003-00348-01(0817-08), del cual el demandante fue la señora MARIA DEL MAR CANSARIO PEREZ y el demandado el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA.

Pues bien, aunque de ésta sentencia resulta muy difícil establecer cual fue la sentencia fundacional que le dio por primer vez respuesta al problema jurídico planteado, lo cierto es que se menciona si que en una primera etapa la mayoría de las sentencias del Consejo de estado establecían la posición casi de manera inalterable de que la declaratoria de vacancia por abandono del cargo es una causal autónoma de retiro del servicio público y que por ende para su aplicación no es necesario el agotar previamente proceso disciplinario alguno.

Dijo entonces en ésta providencia que venimos analizando el Consejo de estado lo siguiente:

“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.”

Pero también se expresa que a partir del 2001, esa posición del Consejo de estado varió, y citan al respecto unas sentencias dictadas por la sección segunda subsección A, del 21 de junio de 2001, proferida en el expediente 533-00 y otra del 18 de noviembre de 2004, dictada en el expediente 5620-03 y en las cuales se expresaba lo siguiente:

“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.

Entonces, la sentencia del 21 de junio de 2001, proferida por la sección segunda subsección A de la Sala contencioso administrativa del

Consejo de estado, constituyó en su momento una sentencia hito y además fundacional de la tesis que sostenía que para aplicar la figura jurídica de la causal de retiro por abandono del cargo, era necesario agotar un proceso disciplinario previo.

En la sentencia que venimos analizando como punto arquimédico, se menciona también otra providencia que resulta ser muy importante y es la sentencia de 22 de septiembre de 2005 proferida por la sala plena de la sección segunda de lo contencioso administrativo, a través de la cual se unificaron las diversas posiciones que se venían manejando sobre el problema jurídico analizado y de esa manera replanteó la jurisprudencia sobre el punto, volviendo a considerar que la causal de retiro por abandono del cargo es una causal autónoma que no requiere proceso disciplinario previo. Dijo entonces en esa jurisprudencia lo siguiente:

“...si bien se trata de una misma circunstancia: el abandono injustificado del servicio, comporta efectos autónomos distintos cuando se trata de regular la función pública que cuando se trata de disciplinar a los funcionarios. En esa medida mal puede la causal de abandono del cargo sólo aplicarse previo un proceso disciplinario, pues frente a la administración pública es menester que el nominador cuente con esa herramienta para designar un funcionario en reemplazo del que abandonó sus tareas, para así lograr la continuidad de

la prestación del servicio público, fin que no es otro al que apunta esta figura en la función pública.

(...)

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

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



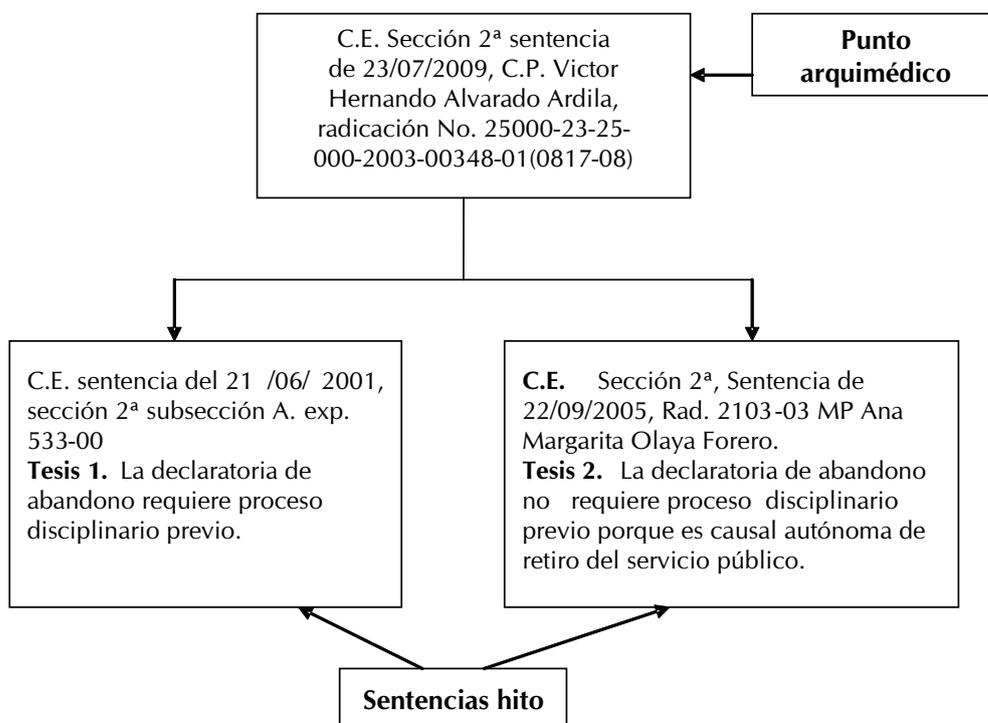
de 1973, para que la administración pueda proveer el servicio, designando a la persona que va a ocupar el lugar del funcionario que sin mediar causa hace dejación de su empleo. Es una previsión que sin duda favorece a la administración no al administrado y que tiene su explicación en el fin de interés 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”.⁶

Por tratarse la anterior de una sentencia de unificación jurisprudencial a nivel de la sección segunda del Consejo de estado, esta es a nuestro juicio otra sentencia hito, a partir de la cual todas las demás sentencias que han analizado el punto en el Consejo de estado, la han venido siguiendo de manera casi inalterable, es decir que han sido hasta hoy sentencias confirmatorias de línea.

La graficación del nicho citacional que hemos utilizado en este caso es el siguiente:



Fuente: Elaboración del autor.

6 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 22 de Septiembre de 2005, Rad. 2103-03 MP Ana Margarita Olaya Forero.

Y a partir de la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional, este mismo problema también ha sido analizado, solo que en esa corporación solo ha existido una tesis y es que la declaratoria de abandono no requiere proceso disciplinario previo porque es causal autónoma de retiro del servicio público.

Dicha tesis, se planteó inicialmente en la sentencia C-088 de febrero 13 de 2002, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, en la cual se pedía la declaratoria de inexecuibilidad del literal a del artículo 37 de la ley 443 de 1998, que consagraba el abandono del cargo como causal de retiro del servicio público.

Allí planteó entonces la Corte Constitucional lo siguiente:

“Esto significa que la Carta confiere potestad al legislador para que defina otras causales que determinen el retiro de la carrera, y específicamente el literal acusado consagra como causal autónoma de la investigación disciplinaria la declaratoria de vacancia por abandono del cargo. En este orden de ideas, el Constituyente confirió expresamente una atribución al Congreso, y éste actuó dentro de la órbita de su competencia al regular una hipótesis para el retiro de la carrera, en un ámbito donde cuenta con un amplio margen de configuración, pero nada hay en sí mismo inconstitucional en que la norma acusada prevea que el abandono del cargo es una causal de retiro del servicio del empleado, aún

cuando esa misma conducta pueda configurar una sanción disciplinaria.”(Subrayas fuera de texto).

Luego, ésta misma tesis de que el abandono del cargo es una causal autónoma de retiro del servicio, se reiteró en la sentencia C-1189 de noviembre 22 de 2005, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, en la cual se demandó la inexecuibilidad del literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que también consagraba la causal de abandono del cargo como causal de retiro del servicio público, sin embargo, la Corte interpretó ésta causal en el sentido de que el acto administrativo que declare el abandono del cargo debe estar precedido de un procedimiento administrativo que garantice el debido proceso en cuanto al derecho a la defensa y contradicción del empleado y por ende se produjo una exequibilidad de la norma condicionada a que se cumplan esas garantías. La ratio decidendi de este pronunciamiento es el siguiente:

41.- No cabe duda que en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido constante y reiterada la consagración del abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio para los empleados de la administración pública. Lo anterior, en atención a la necesidad de hacer más flexible y expedita la separación del cargo de aquellos empleados cuya conducta configure abandono del mismo, en detrimento del normal desempeño de las actividades que debe desarrollar la entidad.



Allí precisamente encuentra justificación esta medida, pues no se puede perder de vista que la función administrativa debe tender al logro de los fines esenciales del Estado, regidos, entre otros, por los principios de eficiencia, eficacia y celeridad.

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.

43.- Estas garantías propias del derecho fundamental al debido proceso tienen una importancia enorme en el caso de retiro del servicio por abandono del cargo de los empleados de libre nombramiento y remoción, si se tiene en cuenta que el acto administrativo mediante el cual dicha desvinculación se produce no requiere ser motivada, lo cual imposibilita al empleado afectado controvertir la validez de la decisión mediante el agotamiento de los recursos de

la vía gubernativa. No menos vital resulta, sin embargo, el respeto de las garantías enunciadas en el caso del retiro del servicio de los empleados de carrera, pues si bien esta resolución necesariamente debe estar motivada de manera suficiente y adecuada, se trata de una decisión que afecta directamente la estabilidad laboral reforzada con la que cuentan estos empleados en condición de tales. Por lo anterior, la administración debe adelantar el procedimiento correspondiente y, eventualmente, expedir el acto administrativo de desvinculación, sin desconocimiento de los derechos de contradicción y defensa del empleado afectado.

44.- Ahora bien, aún cuando es cierto que las consecuencias que se derivan del retiro del servicio por abandono del cargo y aquellas provenientes de la sanción impuesta al funcionario, posterior al adelantamiento del proceso disciplinario por la misma conducta son distintas, en cuanto a que en la primera hipótesis no se configura un antecedente disciplinario y no se impone una sanción, sino que el retiro se produce como consecuencia de una medida administrativa, lo anterior no implica que en la primera eventualidad no sea indispensable ofrecer al funcionario las garantías previas inherentes al debido proceso y que sea suficiente con la posibilidad de ejercer los controles posteriores al acto.

En efecto, si bien la medida administrativa de retiro del servicio por abandono del cargo no configura una medida sancionatoria, dadas

las diferencias puestas de presente en esta providencia, la gravedad de las consecuencias que se desprenden de dicha medida, hace indispensable que el funcionario cuente con las garantías del debido proceso (defensa y contradicción), **previa** expedición del acto administrativo de retiro del servicio. De esta manera, estima esta Corporación que los controles posteriores que pueda ejercer el funcionario, resultan insuficientes para garantizar el respeto de su derecho fundamental al debido proceso.

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

Conforme a lo anterior, la Corte concluye que se hace necesario condicionar la exequibilidad de la disposición acusada a la plena aplicación de los derechos de defensa y contradicción del empleado, antes de la expedición del acto administrativo mediante el cual se produzca su eventual retiro del servicio.”

En un reciente pronunciamiento del Consejo de estado, se planteó este mismo criterio de la Corte Constitucional, en el sentido de que la vacancia por abandono del cargo debe estar precedida de un procedimiento breve y sumario que garantice los derechos de defensa y contradicción del empleado. Veamos:

“En los eventos en que se presente la ausencia de un servidor al trabajo durante tres días consecutivos, 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 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. Empero, no se evidencia dentro del plenario que haya existido dicho procedimiento, con el fin de verificar las razones de la ausencia del demandante; ahora bien no se puede olvidar que éste se encontraba disfrutando de sus vacaciones y que también estaba cumpliendo con una designación realizada por el Gobernador, circunstancias que imposibilitan la adecuación de actor a las situaciones fácticas señaladas. En sentir de la Sala frente a la



decisión tomada por el Alcalde, al declarar la vacancia del cargo ocupado por el actor, tiende a inclinarse por una presunta desviación de poder, por cuanto se alcanza a evidenciar que su decisión estuvo motivada por haberse expedido el Decreto 071 de 29 de agosto de 2003, suscrito por el Alcalde encargado, el cual congeló la incorporación a la planta administrativa como medida tendiente a garantizar la transparencia en los comicios electorales del 25 de octubre de 2003, prueba de ello, es que al momento de ser reintegrado el Alcalde titular, suscribió los Decretos Nos. 072 y 073 de 2003, los cuales hacen referencia a la derogación en su totalidad del Decreto 071 y a la declaración de la vacancia del cargo de Jefe de Grupo, respectivamente.”⁷

Luego como conclusión, y como respuesta al problema jurídico planteado referido a si el abandono del cargo se considera una causal autónoma de retiro del servicio público o si por el contrario para su aplicación es necesario agotar previamente un proceso disciplinario, debemos señalar que en el Consejo de estado ha habido dos tendencias, una que prohija la tesis de que si se requiere proceso disciplinario

previo para aplicar la causal de abandono del cargo, la cual estuvo aplicándose desde la sentencia hito del 21 de junio de 2001, proferida por la sección segunda subsección A de la Sala contencioso administrativa del Consejo de estado, hasta 22 de septiembre de 2005 cuando la sala plena de la sección segunda de lo contencioso administrativo profirió una sentencia de unificación y adoptó la tesis contraria y que es la que actualmente está vigente en el sentido de que la causal de retiro por abandono del cargo es una causal autónoma que no requiere de proceso disciplinario previo para aplicarla.

Esta última tesis es la que también prohija la honorable Corte Constitucional, pero cabe si mencionar que independientemente de que se trate de una causal autónoma de retiro del servicio, ello no significa que no se deba adelantar un procedimiento breve y sumario para aplicar la vacancia por abandono, pues ello resulta a juicio de la Corte Constitucional y del mismo Consejo de estado, necesario para garantizar al empleado su derecho de defensa y contradicción.

He dicho.

⁷ C.E. Sección 2ª. Sentencia de 12 de agosto de 2010, Exp. 76001-23-31-000-2003-03835-01(2165-09), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento.