



Alcaldía Municipal de Palmira
Nit.: 891.380.007-3

NOTA INTERNA

TRD – 2020-130.15.2.14

Palmira, 30 de julio de 2020

PARA: OLGA LORENA CIFUENTES GIRALDO
Subsecretaria Administrativa y Financiera
Secretaría de Educación

DE: GERMÁN VALENCIA GARTNER
Secretario Jurídico.

Asunto: Concepto jurídico – procedimiento aplicable para un posible caso de abandono del cargo por parte de un docente.

Cordial Saludo.

En atención a la consulta realizada por su despacho, mediante oficio TRD- 2020-200.8.1.222 emito concepto jurídico, el cual tiene el alcance de lineamiento como criterio orientador, en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el escrito presentado por la subsecretaría a su cargo solicita el procedimiento que se debe aplicar a un docente con derechos de carrera administrativa por un posible caso de abandono del cargo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.11.1.16 del Decreto 1083 de 2015, como también que se indique quién es el competente para iniciarlo y si es igual o diferente al procedimiento disciplinario que debe iniciar la Oficina de Control Interno Disciplinario y las actuaciones que se deben desplegar por parte de la Secretaría de Educación, haciendo un breve contexto de los hechos particulares, los cuales no serán objeto de debate jurídico por tratarse el presente concepto de un lineamiento orientador.

CONSIDERACIONES Y MARCO JURIDICO.

El artículo 67 de la Constitución Política consagra la educación como un derecho social, económico y cultural, como también un servicio público que tiene una función social, indicando que *“Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo”*, indicando a su vez en el artículo 125 de la norma máxima, que por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso a los mismos, se hará previo cumplimiento de los



Alcaldía Municipal de Palmira
Nit.: 891.380.007-3

NOTA INTERNA

requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes y *“El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinarios y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”*.

Ahora bien, los docentes son servidores públicos que cuentan con un sistema especial de carrera administrativa de origen legal que regula la relación de los educadores con el estado y la sociedad, en donde se encuentra el principio del mérito para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del educador del servicio público educativo, precisando las situaciones administrativas de los educadores, estableciendo sus derechos, deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, regulado por dos disposiciones básicas, a saber:

1. Decreto Ley 2277 de 1979¹, la cual contiene normas de carrera docente aplicable para educadores oficiales y privados.
2. Decreto Ley 1278 de 2002², estatuto de profesionalización docente aplicable solo para educadores que se vinculan a partir de su expedición al sector educativo oficial.

Respecto del abandono del cargo inicialmente el artículo 47³ del Decreto Ley 2277 de 1979 definía esta situación administrativa, norma que fue derogada por el Decreto Ley 1278 de 2002 en el cual se estableció en los artículos 42 y 43 la normatividad sobre el abandono del cargo en materia de carrera docente. Sin embargo, estas dos normas fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-734 de 2003.

Ante este vacío jurídico se debe revisar la normatividad vigente, para lo cual se debe tener en cuenta el artículo 41⁴ de la Ley 909 de 2004, norma aplicable teniendo en cuenta la remisión que ordena el artículo 3 numeral 2⁵ de la norma antes mencionada.

¹Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.

² Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente.

³ Se debe entender que esta norma está vigente, en el entendido que solo aplica para los docentes que fueron nombrados en propiedad por autoridad competente, antes del año 2002, año en el que entró a regir el Decreto Ley 1278 de 2002.

⁴ *“Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...)*

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

(...)

Parágrafo 2°. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”

⁵ *“Artículo 3°. Campo de aplicación de la presente ley. (...)*

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como: (...)

-El que regula el personal docente.

(...)”



Alcaldía Municipal de Palmira
Nit.: 891.380.007-3

NOTA INTERNA

- Abandono del cargo como causal autónoma para el retiro del servicio.

Procedamos a definir el abandono del cargo trayendo a colación una sentencia de la Corte Constitucional⁶, en donde emitió una definición al respecto:

“Abandonar el cargo, o el servicio, implica la dejación voluntaria definitiva y no transitoria de los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el servidor público. En consecuencia, dicho abandono se puede presentar, bien porque se renuncia al ejercicio de las labores o funciones propias del cargo, con la necesaria afectación de la continuidad del servicio administrativo, o bien porque se deserta materialmente del cargo al ausentarse el servidor del sitio de trabajo y no regresar a él para cumplir con las labores asignadas, propias del cargo o del servicio. Corolario de lo anterior es que 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.”

En otro fallo de radicación C-725 proferida el 21 de junio de 2000, esta misma Corporación precisó que:

“Corolario de lo anterior es que 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...” (Subraya fuera de texto)

Y en otro pronunciamiento contenido en la sentencia C-1189 del 22 de noviembre del 2005, el Magistrado Humberto Sierra Porto dijo:

“Abandonar el cargo, o el servicio, implica la dejación voluntaria definitiva y no transitoria de los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el servidor público. En consecuencia, dicho abandono se puede presentar, bien porque se renuncia al ejercicio de las labores o funciones propias del cargo, con la necesaria afectación de la continuidad del servicio administrativo, o bien porque se deserta materialmente del cargo al ausentarse el servidor del sitio de trabajo y no regresas a él para cumplir con las labores asignadas propias del cargo o del servicio...” (Subraya fuera de texto)

Aplicando la remisión mencionada en el acápite anterior, tenemos el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, que reglamentó el Decreto 2400 de 1968, el cual a su vez fue compilado en el Decreto 1083 de 2015⁷, el cual establece lo siguiente en cuanto al abandono del cargo:

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

⁶ Sentencia C-769 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell

⁷ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, norma modificada entre otras por el Decreto 648 de 2017.



Alcaldía Municipal de Palmira
Nit.: 891.380.007-3

NOTA INTERNA

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

Artículo 2.2.11.1.10 Procedimiento para la declaratoria del empleo por abandono del cargo. Con sujeción al procedimiento administrativo regulado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, el jefe del organismo deberá establecer la ocurrencia o no de cualquiera de las conductas señaladas en el artículo anterior y las decisiones consecuentes.

Parágrafo. Si por el abandono del cargo se perjudicare el servicio, el empleado se hará acreedor a las sanciones disciplinarias, fiscales, civiles y penales que correspondan.”

Por otro lado y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el abandono del cargo ha sido definido como una causal autónoma de retiro del servicio, toda vez que tiene por objetivo dar plena aplicabilidad a los principios que rigen la función pública y de esta forma evitar traumatismos en su marcha normal, la cual puede ser iniciada y declarada de oficio por la administración, siempre que 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.

Conforme con lo anterior, actualmente y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha considerado el abandono del cargo como una causal autónoma del servicio y paralelamente una conducta que puede ser objeto de responsabilidad disciplinaria. Lo anterior tiene soporte en la sentencia del 22 de septiembre de 2005⁸, donde la Sala Plena de la Sección Segunda unifica la jurisprudencia y precisó 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.

(...)

Recapitulando tenemos que la vacancia del cargo por abandono es una de las formas establecidas en

⁸ C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Rad. 110010325000200300244-01(2103-03)



Alcaldía Municipal de Palmira
Nit.: 891.380.007-3

NOTA INTERNA

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 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 (...)."

Igualmente la Corte Constitucional en Sentencia C-088 de 2002 analizó la procedencia de la declaratoria del abandono del cargo en instancias administrativas y disciplinarias en cuanto a la constitucionalidad del literal g) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998, norma que incluía como causal de retiro del servicio de los empleados de carrera la declaratoria de vacancia del empleo en el caso del abandono, declarando la exequibilidad de esta norma bajo la consideración de que es perfectamente viable (sin contravenir la prohibición constitucional del doble enjuiciamiento) que en el ordenamiento jurídico coexistan consecuencias negativas tanto en el régimen disciplinario como en el de carrera administrativa cuando el servidor público abandona injustificadamente su empleo, teniendo en cuenta las diferencia existentes entre esos dos regímenes jurídicos, toda vez que "...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"

Se tiene que, de acuerdo con las finalidades y funciones de los dos regímenes (disciplinario y de carrera), un mismo comportamiento puede implicar consecuencias negativas para un servidor en las dos esferas, por cuanto no se excluyen al tener distintos fundamentos normativos y distintas finalidades, respecto de lo cual la conducta del abandono del 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.

- Elementos para la configuración del abandono del cargo y procedimiento aplicable.

De acuerdo con la jurisprudencia, para que se configure el abandono del cargo deben concurrir los



Alcaldía Municipal de Palmira
Nit.: 891.380.007-3

NOTA INTERNA

siguientes elementos: a) El abandono de las responsabilidades y deberes propios del cargo, debe ser voluntario y definitivo por parte del funcionario. b) Debe ser injustificado. c) Debe presentarse durante el término mínimo señalado en la norma.

Así las cosas, la declaratoria de vacancia de un cargo por abandono del cargo no exige el adelantamiento de proceso disciplinario, toda vez que esta opera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la administración es solamente declarativo y puede realizarse después de adelantar un trámite breve enmarcado en el debido proceso.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el retiro del servicio de un empleado público se debe realizar mediante un acto administrativo de carácter particular y concreto, para lo cual la normatividad positiva actual, recalcada por la jurisprudencia, indica que previamente se debe cumplir el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)⁹, significando esto que la actuación de oficio que inicie la administración con el fin de retirar del servicio a un funcionario por abandono del cargo le debe ser comunicada, con el fin de que este pueda ejercer su derecho de defensa, ser oído por la autoridad administrativa competente y contar con la oportunidad de aportar y controvertir las pruebas que le sean adversas.

Lo anterior, teniendo en cuenta que para la comisión de la falta de abandono injustificado del cargo no basta la sola ausencia al lugar de trabajo, que por sí sola no demuestra el propósito de obrar contra el derecho, sino que es menester demostrar además la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar el cargo, sin razón valedera y de obrar a sabiendas de la ilicitud del acto. Por lo tanto, dentro del análisis que se realice frente a la conducta del servidor es necesario tener en cuenta que debe ser “*sin justa causa*” para que se configure verdaderamente la conducta, significando lo anterior que no solo basta la simple dejación de los deberes y responsabilidades del cargo, sino que a está le falta la justificación para abstraerse del cumplimiento del deber funcional, quedando claro que el actuar del servidor público es caprichoso y contrario a derecho, sin que existan elementos eximentes de responsabilidad como un imprevisto de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado que justifiquen su actuar.

- Competencia.

Inicialmente es necesario definir quién debe reportar las ausencias por parte de los funcionarios a su puesto de trabajo y en razón a ello no prestó sus servicios a la entidad, para lo cual se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 2.2.5.5.56¹⁰ del Decreto 1083 de 2015, que a la letra reza lo siguiente:

“Artículo 2.2.5.5.56. Pago de la remuneración de los servidores públicos. El pago de la remuneración a los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la nómina por parte de la autoridad competente al interior de

⁹ Ley 1437 de 2011.

¹⁰ Artículo modificado por el Decreto 51 de 2018, artículo 2°.



Alcaldía Municipal de Palmira
Nit.: 891.380.007-3

NOTA INTERNA

cada uno de los organismos o entidades.

El jefe inmediato deberá reportar al jefe de la Unidad de Personal o a quien haga sus veces, la inasistencia a laborar del personal a su cargo. La ausencia de este reporte será sancionada de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002, y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

La Unidad de Personal o quien haga sus veces requerirá al servidor público que no concurra a laborar sin previa autorización de la autoridad competente para que informe, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al hecho que generó la ausencia, los motivos que la ocasionaron. El jefe del organismo o en quien este delegue evaluará si hubo justa causa para no asistir.

Cuando los motivos dados por el servidor no constituyan justa causa de conformidad con las normas legales o no justifiquen la inasistencia, el jefe del organismo o en quien este delegue, informará al servidor para que presente los recursos a que haya lugar.

Si el jefe del organismo o en quien este delegue decide que la ausencia no está justificada deberá proceder a descontar el día o los días no laborados.

El descuento se hará sin perjuicio de las actuaciones que se deriven del incumplimiento de los deberes inherentes a la condición de servidores públicos, previsto en la normativa vigente. (Subraya fuera de texto).

Como se puede observar, es clara la competencia de quien debe reportar la inasistencia del servidor a cumplir con sus funciones asignadas, correspondiendo al jefe inmediato realizar este reporte a la unidad de personal o quien haga sus veces, sobre la inasistencia a laborar del personal a su cargo.

Ahora bien, respecto de la causal de retiro del servicio en caso de abandono del cargo, diáfano es el Decreto 1083 de 2015 en su artículo 2.2.11.1.10 al indicar que el jefe del organismo (nominador) deberá establecer la ocurrencia o no de las conductas señaladas en el artículo anterior, como también las decisiones que esto genera, para lo cual deberá ser informado de la situación para que inicie el procedimiento administrativo en donde permita al funcionario presentar sus alegatos y defensa.

Importante resaltar que la carga de demostrar por los medios probatorios idóneos, las razones que justifican su inasistencia es del funcionario que presuntamente haya abandonado el cargo, sobre lo cual el Consejo de Estado en Sentencia del 3 de marzo de 2011¹¹ indicó lo siguiente:

" (...) De manera que realizada la evaluación de las circunstancias, la institución debe tomar la decisión debidamente motivada, en donde conste la ausencia injustificada del funcionario por el término

¹¹ CP. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad 05001-23-31-000-2004-04229-01 (2003-09)



Alcaldía Municipal de Palmira
Nit.: 891.380.007-3

NOTA INTERNA

señalado en la Ley. Ahora bien, si el funcionario no allegó oportunamente la justificación, puede arribarla posteriormente aun cuando el acto de insubsistencia se haya producido, caso en el cual, por falta de antijuridicidad la conducta del mismo enervaría la anunciada declaratoria de vacancia. En virtud de lo anterior, para el empleado deber ser claro que a él le incumbe la carga de la prueba en todos los casos, esto es, sin que en absoluto pueda abandonar pasivamente su suerte al procedimiento breve y sumario que debe adelantar el nominador, pues nada indica que éste deba suplir al inculpado frente a la prenotada carga probatoria. De lo cual se sigue, lógicamente, que la insuficiencia de la prueba justificativa debe soportarla el empleado ausente en términos de vacancia del cargo (...) ”

Se puede entender entonces que en la actualidad el abandono del cargo comporta efectos autónomos distintos en materia de función pública, que no siempre derivan de manera absoluta de la aplicación de un procedimiento disciplinario previo, en cuanto a que el retiro definitivo del servicio puede producirse por la declaratoria de abandono del cargo, figura que constituye en una herramienta de la cual puede disponer la administración para designar el reemplazo del funcionario que, de manera injustificada, ha hecho delación 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, teniendo una categoría suficiente para que se pueda dar la separación del servicio.

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto respecto del planteamiento realizado por la subsecretaría a su cargo, se concluye lo siguiente:

- El abandono del cargo constituye una causal de retiro del servicio autónoma, por cuanto el empleado presenta una ausencia voluntaria e injustificada al trabajo que pone en riesgo la prestación eficiente y continuada de la función pública que desarrolla, como también la materialización de cometidos estatales y la satisfacción de las necesidades.
- La declaratoria de vacancia del empleo por abandono del mismo, prevista en el literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 constituye una causal autónoma de retiro de servicio, la cual es ajena al ámbito disciplinario, toda vez que su finalidad está orientada a permitir que la administración pueda proveer de manera expedita un cargo que ha sido abandonado, con el fin de que otro funcionario entre a cumplir las labores y responsabilidades asignadas y de esta forma evitar traumatismos innecesarios a la buena marcha de la administración.
- Para que se configure la conducta del abandono del 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 servidor. ii) Debe ser injustificado, iii) Debe presentarse durante el término mínimo señalado en la norma.



Alcaldía Municipal de Palmira
Nit.: 891.380.007-3

NOTA INTERNA

- Le corresponde al jefe inmediato realizar el reporte de la inasistencia del empleado a la unidad de personal o quien haga sus veces, para que se proceda conforme a la ley. Para proceder con el retiro del servicio en caso de abandono del cargo el jefe del organismo deberá establecer la ocurrencia de la conducta de manera injustificada, para lo cual iniciará el procedimiento administrativo correspondiente en donde se permita al empleado ejercer su derecho de defensa y contradicción.
- Para proceder a su declaratoria, la administración está obligada a respetar el debido proceso, para lo cual se debe surtir un procedimiento breve y sumario en el que le permita al empleado justificar su ausencia, pues es a este a quien corresponde la carga de la prueba.

Cordialmente,

GERMÁN VALENCIA GARTNER
Secretario Jurídico

Redactor: Maria Carolina Valencia Gómez– Contratista