

CONCEPTO 48021 DE 2006

(diciembre 1)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Para: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

De: Coordinadora Grupo Conceptos Jurídicos y Producción Normativa.

Asunto: Solicitud Concepto Declaración vacancia de un cargo – Abandono del cargo de un instructor - Funcionario de carrera administrativa.

En atención al memorando radicado en la Dirección General con el No. 045515 del 30 de Octubre de 2006, mediante el cual solicita un concepto sobre la posibilidad de declarar la vacancia del cargo de un instructor, le comunico que debe tener en cuenta las siguientes consideraciones:

De acuerdo con los soportes documentales remitidos por usted del señor Juan Carlos Angel Casanova, este es un funcionario de carrera administrativa vinculado laboralmente con el SENA y por lo tanto debemos enfocar el asunto desde el punto de vista de la declaratoria de insubsistencia de funcionarios con estas características.

Fundamentos Fácticos:

- Mediante los memorandos Nos. 1403, 1408, 1414, todos del 1 de Agosto de 2006 y los Nos. 1417, 1418, y 1421 del 2 de agosto del mismo año, el Coordinador Académico y el Subdirector del Centro Multisectorial del Sur de la Regional Huila; solicitan información al Instructor Juan Carlos Ángel Casanova sobre las causas por las cuales no asistió al lugar de labores desde el 31 de Julio hasta el 2 de agosto de 2006.

- Por su parte el día 2 de Agosto de 2006 el Coordinador Académico informa al Subdirector de Centro sobre las situaciones de incumplimiento del instructor desde el día 31 de Julio hasta el 2 de Agosto de 2006, añadiendo que no tiene ninguna justificación para ello hasta esa fecha.

- la Subdirección del Centro Multisectorial del Sur, pone en conocimiento a la Oficina de Control Interno Disciplinario del SENA, de hechos mencionados con anterioridad y relacionados con el instructor Juan Carlos Ángel Casanova, a saber:

a) Memorando 00156 del 17 de febrero de 2006.

b) Memorando No. 0205 del 28 de febrero de 2006

c) Memorando No. 555 del 14 de marzo de 2006, remite fotocopia de nota del 9 de marzo de 2006, donde informa que el medico especialista en oftalmología sigue diagnosticando intervención quirúrgica.

d) Memorando No. 00281 del 02 de marzo de 2006, remite memorandos relacionados con el incumplimiento del instructor en las tareas encomendadas en la asociación de grupos de café especial del sur del Huila.

e) Memorando No. 0667 del 29 de Marzo de 2006, aduce que el instructor no se presenta a la

entidad de acuerdo con los informes que presenta el coordinador académico este instructor manifiesta que se encuentra enfermo y esta pendiente de una cirugía enviando algunas incapacidades pero no existe orden medica que justifique la inasistencia.

f) Memorando No. 1653 del 27 de Septiembre de 2006, informa sobre el incumplimiento del horario de trabajo para el 1 de septiembre de 2006, del mismo instructor

g) Memorando No. 1690 del 4 de Octubre de 2006, se remite copia del memorando No. 1677 suscrito el 3 de Octubre, con el cual el Coordinador Académico señala que el instructor no asistió durante este día a los cursos que tenía programados. Adicionalmente, reitera la inasistencia al lugar de trabajo del mismo instructor desde el 26 al 29 de Septiembre y del 2 al 3 de Octubre de 2006.

- Por su lado Jacqueline Motta Barrera en su calidad de supervisora señala al Coordinador Académico mediante comunicación (sin fecha), que el instructor Juan Carlos Ángel Casanova no asistió a la jornada laboral programada para el día 26 de Septiembre en la “EFASENA YAMBORO” y tampoco se presentó en las instalaciones del Centro de Formación los días 27 y 28 del mismo mes y año.

- El 2 de Octubre de 2006, con el memorando No. 1664 el Coordinador Académico indica al Subdirector del Centro que en ese día el instructor no se ha hecho presente y no ha reportado actividades para ingresar dicha información en el aplicativo “Gestión Académica de Centros”. De igual manera se vuelve a citar que el instructor no estuvo en su lugar de trabajo del 26 al 29 de Septiembre de 2006.

- En relación con las incapacidades hay que aludir únicamente a las copias de las cartas que se remitieron con los soportes de este caso, elaboradas por el mismo instructor durante los meses de Febrero y Marzo de 2006, el las cuales él indica algunas circunstancias sobre su inasistencia por causa de unos exámenes médicos que no tienen ningún tipo de soportes de entidad de salud o médico alguno, incumpliendo con las normas legales e internas sobre los procedimientos para solicitar incapacidades médicas.

- De igual forma, con fecha del 10 de Febrero de 2006 el Subdirector del Centro de Formación mediante memorandos Nos. 116, 117, 118 y 119 dirigidos a la Clínica Federico Lleras, al Hospital Departamental San Antonio de Papua y la IPS Policarpa Salavarieta respectivamente, solicita copias de las incapacidades, que esos entes concedieron al señor Juan Carlos Ángel Casanova.

1. Con base en lo anterior, el Hospital Departamental San Antonio de Papua, con comunicación No. 00238 del 22 de febrero de 2006; responde que: “...JUAN CARLOS ANGEL CASANOVA, solo registra una atención por medicina interna el 08 de febrero de 2006, pero no aparece que se le haya dado incapacidad alguna...”

2. En lo que atañe a la entidad “Policarpa Salavarieta”, mediante comunicación del 23 de febrero de 2006, respondió diciendo que se habían dado tres (3) incapacidades. Dos (2) en el mes de Noviembre, una por dos (2) días y otra por tres (3) días, dadas el 23 y 28 de ese mismo mes, y una más el 18 de Enero de 2006, nuevamente por tres (3) días. Como puede observarse de lo anterior estas incapacidades no tienen ninguna relación con las ausencias del instructor citadas en los documentos remitidos por la Subdirección del Centro que obedecen a los meses de Julio, Agosto y Septiembre de 2006.

3. El instructor Juan Carlos Ángel Casanova, remite al Subdirector del Centro el 23 de Octubre de 2006 una comunicación en la cual anexa una fotocopia poco legible de una incapacidad otorgada al funcionario por parte de la entidad “Policarpa Salavarrieta” por un término de treinta (30) días. Teniendo en consideración que ese documento se encuentra suscrito el mismo 23 de Octubre de 2006, podemos inferir que la incapacidad duró hasta el 22 de Noviembre del mismo año. Con lo cual tampoco queda aclarado el asunto de las inasistencias del 31 de Julio, y del 1 y 2 de Agosto de 2006. pues el instructor allega una incapacidad medica en fotocopia poco legible a partir del 3 al 4 de agosto de 2006. Tampoco se aclara la ausencia del instructor de los días 26 al 29 de Septiembre y 2 de Octubre del mismo año.

- Cabe resaltar que dentro de los documentos que se enviaron como soporte de esta consulta, están también las copias de:

1. Una evaluación del desempeño laboral del señor Juan Carlos Ángel Casanova fechada el 20 de Febrero de 2006 con un resultado de “INSATISFACTORIO” por haber obtenido un puntaje total de 368.

2. Una comunicación del 9 de Marzo de 2006 con el No. 0485 suscrita por el Subdirector del Centro de Formación, solicitando la presentación del funcionario para ser notificado personalmente sobre el resultado de dicha evaluación y,

3. Una comunicación del 29 de Marzo de 2006, enviando al funcionario el edicto de notificación del 14 de marzo de 2006, y la constancia de desfijación del edicto y el formato D-3 con la respectiva calificación.

- Finalmente se remitieron unos actos administrativos por medio de los cuales se le ha impuesto sanciones disciplinarias al funcionario Juan Carlos Ángel Casanova que no son materia de estudio en este concepto por tratarse de resoluciones ejecutoriadas que fueron motivo de otros análisis en el pasado.

Fundamentos legales:

Por todo lo anterior, debemos iniciar el estudio resaltando el contenido del artículo [125](#) de la Constitución Política cuando señala que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y que de esta regla se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Agrega la norma que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes y termina manifestando entre otros asuntos, que el retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

A. Evaluación del Desempeño:

Hacemos alusión a los principios y normas que orientan la permanencia en el servicio de los funcionarios públicos en carrera administrativa. Así pues, el artículo [37](#) de la Ley 909 de 2004 por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, nos señala que uno de esos principios es la “Evaluación” definiéndola como la exigencia a la cual el empleado público de carrera administrativa debe someterse para su permanencia en el cargo y está obligado a colaborar activamente en el proceso de evaluación, de conformidad con los criterios definidos por la entidad o autoridad competente.

Por su parte el artículo [39](#) ídem, sobre la obligación de evaluar, establece que los empleados que sean responsables de evaluar el desempeño laboral del personal (entre quienes, en todo caso, habrá un funcionario de libre nombramiento y remoción), deberán hacerlo siguiendo la metodología contenida en el instrumento y en los términos que señale el reglamento que para el efecto se expida⁽¹⁾.

Ahora bien, el artículo [41](#) de la norma mencionada cita las causales de retiro del servicio para quienes son servidores de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, a saber son:

“a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

c) Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada;

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez”

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

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

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo [50](#) de la Ley 190 de 1995 y las normas que lo adicionen o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes...” (Las subrayas están fuera de texto).

En lo que atañe a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento por calificación no satisfactoria citada con anterioridad, el artículo [43](#) de la misma ley señala las siguientes condiciones:

“1. El nombramiento del empleado de carrera administrativa deberá declararse insubsistente por la autoridad nominadora, en forma motivada, **cuando haya obtenido calificación no satisfactoria como resultado de la evaluación del desempeño laboral.**

2. Contra el acto administrativo que declare la insubsistencia del nombramiento procederá recurso de reposición.

3. Esta decisión se entenderá revocada, si al interponer los recursos dentro del término legal, la administración no se pronuncia dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la presentación de los recursos. En este evento la calificación que dio origen a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento se considerará satisfactoria en el puntaje mínimo.

4. La autoridad competente que no resuelva el recurso respectivo dentro del plazo previsto, será sancionada de conformidad con la Ley [734](#) de 2002 y las normas que la modifiquen o adicionen.”

Como ya se había mencionado la Sentencia No. C-501 del 17 de Mayo de 2005, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa con la cual se declaró INEXEQUIBLES el literal c) y el parágrafo 1 del artículo [41](#) de la Ley 909 de 2004, también indicó lo siguiente:

“...No obstante lo anterior, este principio de estabilidad laboral “no se opone a la posibilidad de consagrar causales de separación de la carrera en aquellos casos previstos en la ley, que constituyan razón suficiente que justifique la adopción de la medida.” A fin de que la carrera administrativa cumpla con su razón de ser primigenia –conseguir que personas de altas calidades, suficiente mérito y espíritu de consagración al servicio público conformen el cuerpo de personal del Estado–, **el principio de estabilidad no implica la inamovilidad absoluta del empleado, pues existen circunstancias constitucionalmente aceptadas que permiten su desvinculación válida de la carrera.** Es por ello que el artículo [125](#) Superior admite que el retiro se haga “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.”

(...) “Si por el contrario, se emplea el término “incumplimiento” en el contexto de una evaluación del desempeño del funcionario para referirse a la imposibilidad de alcanzar las metas y objetivos concretos definidos para cada cargo y función, dado que no hay dolo o culpa, el retiro del funcionario no tiene como finalidad sancionarlo, **sino asegurar que la gestión pública sea eficiente y esté a cargo de personal calificado para que se cumpla la finalidad de “servir a la comunidad”** de manera armónica con los mandatos constitucionales (Art. [2](#), CP). En ese evento, su retiro no es una sanción, ni produce antecedentes disciplinarios, ni apareja consecuencias tales como inhabilidades para el ejercicio de otros cargos. La determinación del incumplimiento puede ocurrir dentro de un período de tiempo específico, por ejemplo, el período de prueba, **o al realizar las evaluaciones periódicas previstas por la entidad;** pero también puede hacerse frente a un **evento puntual que permita determinar que se ha afectado el servicio público en perjuicio de la comunidad a la cual todos los funcionarios del Estado deben servir.**

Así, cuando se trata de un proceso de evaluación del desempeño, es necesario que exista una definición objetiva de las responsabilidades, metas y objetivos de cada cargo y función, que el funcionario conozca previamente las obligaciones a su cargo y las metas fijadas para el ejercicio de sus funciones, y la forma en que será examinado su desempeño, así como los mecanismos a través de los cuales podrá controvertir esa evaluación.” (Negritas fuera de texto).

Por su parte el Título IV, Capítulo I del Decreto No. [1227](#) de 2005, por el cual se reglamentó parcialmente la Ley [909](#) de 2004 y el Decreto-ley [1567](#) de 1998, señala las reglas que deben ser aplicadas en el proceso de la evaluación del desempeño laboral, entre las que podemos destacar

las siguientes:

- Las evaluaciones del desempeño laboral deben ser objetivas, imparciales y fundadas en principios de equidad, para lo cual deben tenerse en cuenta tanto las actuaciones positivas como las negativas y referidas a hechos concretos y a comportamientos demostrados por el empleado durante el lapso evaluado.

- El desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa deberá ser evaluado y calificado con base en parámetros previamente establecidos a partir de los planes anuales de gestión del área respectiva, de las metas institucionales y de la evaluación que sobre el área realicen las oficinas de control interno o quienes hagan sus veces, de los comportamientos y competencias laborales, habilidades y actitudes del empleado, enmarcados dentro de la cultura y los valores institucionales.

- Los empleados de carrera deberán ser evaluados y calificados por el período anual comprendido entre el 1o de febrero y el 31 de enero del año siguiente, calificación que deberá producirse dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento de dicho período y que será la sumatoria de dos evaluaciones semestrales, realizadas una por el período comprendido entre el 1o de febrero y el 31 de julio y otra por el período comprendido entre el 1o de agosto y el 31 de enero del siguiente año.

- Cuando el empleado no haya servido la totalidad del año se calificarán los servicios correspondientes al período laboral cuando este sea superior a treinta (30) días. Los períodos inferiores a este lapso serán calificados conjuntamente con el período siguiente.

- Cuando así lo ordene, por escrito, el jefe del organismo, en caso de recibir la información debidamente soportada de que el desempeño laboral de un empleado es deficiente. Esta calificación no podrá ordenarse antes de transcurridos tres (3) meses de efectuada la última calificación y deberá comprender todo el período no calificado hasta el momento de la orden, teniendo en cuenta las evaluaciones parciales que hayan podido producirse. Si esta calificación resultare satisfactoria, a partir de la fecha en que se produjo y el 31 de enero del siguiente año, se considerará un nuevo período de evaluación, para lo cual será necesario diligenciar nuevamente los instrumentos que estén siendo utilizados en la respectiva entidad.

- La calificación definitiva del desempeño de los empleados de carrera será el resultado de ponderar las evaluaciones semestrales previstas en el artículo [38](#) de la Ley 909 de 2004.

- El artículo [59](#) de este mismo decreto indica en forma expresa que: “De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, **en firme una calificación de servicios no satisfactoria como resultado del desempeño laboral**, de carácter anual o extraordinaria el nombramiento del empleado de carrera así calificado, **deberá ser declarado insubsistente**, mediante resolución motivada del Jefe de la entidad...” (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, se concluye que es jurídicamente viable la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un funcionario, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral, siempre y cuando se haya cumplido con todas y cada una de las normas relacionadas en este escrito en lo referente al procedimiento de evaluación, así como con el reglamento interno vigente sobre este mismo particular. (Circular No. 0448 del 2 de Febrero de 2006 – Secretaría General – “Instructivo Básico para la Evaluación del Desempeño Laboral de los Empleados Públicos del SENA.”). Adicionalmente debe verificarse en cumplimiento del debido proceso en las actuaciones administrativas, dando al

funcionario la oportunidad de contradecir y recurrir los actos administrativos que afecten su situación particular.

B. Abandono del Cargo:

Frente al asunto relacionado con la posibilidad de desvincular a un funcionario por abandono del cargo le informamos que la Dirección Jurídica ya se había pronunciado al respecto⁽²⁾ y había concluido por ejemplo; que si la ausencia del servidor público no está justificada, la Entidad debe proceder conforme a la ley a declarar la vacancia por abandono del cargo y a retirar del servicio al funcionario que incurra en la causal, garantizando el debido proceso, la legalidad y validez de las actuaciones y concediendo recurso de reposición frente a la decisión adoptada. De igual se estableció que la declaratoria de vacancia por abandono del cargo y el retiro del servicio del funcionario no son incompatibles con el adelantamiento de otras acciones.

Adicionalmente resulta muy importante hacer alusión al memorando No. 023072 del 27 de Junio de 2006 de la Dirección Jurídica en el cual se establecen las siguientes aclaraciones sobre este punto:

“El artículo [48](#) del Código Único Disciplinario, estipula como falta gravísima en el ejercicio de funciones públicas el abandono del cargo.

A su turno el artículo [126](#) del Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los decretos leyes [2400](#) y 3074 de 1968, y otras normas sobre administración del personal civil, establece:

“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 artículo [113](#) del presente decreto, y
4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de remplazarlo.”

La Jurisprudencia constitucional ha enunciado el abandono de cargo o del servicio como la “dejación voluntaria”, y definitiva, de los deberes y responsabilidades que exige el cargo del cual es titular determinado servidor público. El abandono debe ser injustificado, es decir, sin que exista una razón o motivo suficiente para que el servidor se exima de la responsabilidad de cumplir con las funciones propias del cargo o del servicio. Ello es así, porque de ser justificado el abandono del cargo o del servicio desaparece la antijuridicidad del hecho y, por consiguiente, la falta disciplinaria. (Corte Constitucional. Sentencia C-769-98. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Del concepto mismo de abandono de cargo, podemos extraer los siguientes elementos que se constituyen en necesarios para la configuración de la conducta.

Elementos:

1. Voluntad.

2. Renuncia al ejercicio de las labores o funciones propias del cargo, con la necesaria afectación de la continuidad del servicio administrativo.
3. Deserción material del lugar de trabajo. (ausencia del servidor del sitio de trabajo)
4. Ausencia injustificada de tres (3) días.

Ahora bien, debe entenderse que la ausencia del puesto de trabajo, y su no justificación implica una carga probatoria para la entidad, que debe no solo determinar que el funcionario no justificó el alejamiento de sus funciones en forma previa, sino que existiendo excusa posterior, ésta no es razón suficiente que explique la ausencia, o no constituye un hecho insuperable y fortuito, que valide dicho abandono.

Responsabilidad Disciplinaria en el Caso del Abandono de Cargo.

El Abandono de cargo, constituye una verdadera falta disciplinaria, y por ende su conocimiento, trámite y sanción debe adelantarse de conformidad a la normatividad que rige dicha clase de actuaciones, lo que implica necesariamente, no solo la observancia de cargas probatorias, sino cumplimiento de las garantías procesales y constitucionales a las que haya lugar.

De conformidad con lo establecido en el [6](#) de la ley 734 de 2002, y común a todas las faltas de ésta naturaleza, la potestad disciplinaria en el caso en que se incurra en abandono de cargo, está en cabeza de la procuraduría General de la Nación, los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, la Superintendencia de Notariado y Registro, Los personeros distritales y municipales, las oficinas de control disciplinario interno establecidas en todas las ramas, órganos y entidades del Estado, y los nominadores y superiores jerárquicos inmediatos, en los casos a los cuales se refiere la ley disciplinaria vigente.

Ahora bien, y en forma independiente, a que el acto constituya una falta disciplinaria, que como ya se adujo debe seguir un trámite previamente establecido para su declaratoria y posterior sanción, es necesario que se determine, cual es el procedimiento que en materia administrativa y que procura de la debida prestación del servicio por parte de la entidad debe adelantarse.

Trámite Administrativo a adelantar por Abandono de Cargo.

Tal y como se hizo referencia, los hechos que constituyen abandono de cargo por parte de un servidor público, implican en si mismo una falta disciplinaria y por ende un proceso que declare responsable a quien incurrió en dicha conducta y que imponga la sanción respectiva.

Cabe resaltar que aunque el proceso disciplinario se encuentre en curso, la entidad una vez comprobada la ausencia injustificada del servidor a su cargo, podrá declarar la vacancia respectiva, que constituye una causal legal de retiro, y que por ende puede tramitarse en forma autónoma.

En cuanto a la declaratoria de vacancia por abandono de cargo, el Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, Subseccion A, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, en jurisprudencia del 3 de abril de 2003, ha expresado:

“En este sentido, la declaratoria de vacancia del cargo, sucedánea al abandono del mismo, faculta a la administración a proveerlo en atención al mejoramiento del servicio. En vista de lo anterior y para el caso presente, **no era necesario agotar el procedimiento disciplinario** reglado en la ley para que la Universidad del Cauca pudiera declarar la vacancia en el cargo que ocupaba el

demandante. En el sublite, apreciadas las probanzas legal y oportunamente allegadas al proceso a la luz de las reglas de la sana crítica, la Sala observa que el demandante no logró acreditar razón que justifique la ausencia laboral de más de tres (3) días, que fue el supuesto que soportó el acto acusado y que consagra el artículo [126](#) inciso 2 del Decreto 1950 de 1973. **Conforme a las razones anotadas, considera la Sala que la declaratoria de vacancia por abandono del cargo del demandante, fue realizada previo un debate probatorio adecuado sobre causales de justificación de su ausencia que permitió el ejercicio del derecho de defensa y que fue tramitado con el procedimiento adecuado (...)**”.

De igual manera en pronunciamiento de ese Alto Tribunal con número interno 3403-2004 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se hizo referencia a la figura del retiro por declaratoria de vacancia por abandono del cargo. Al respecto, expresó:

“El Consejo de Estado venía sosteniendo de tiempo atrás 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 cualesquiera 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.

La **Sala Plena de la Sección Segunda**, con un fin unificador de la jurisprudencia, en sentencia de fecha 22 de septiembre de 2005 recogió el anterior planteamiento jurisprudencial sobre la materia, y precisó que:

“...si bien se trata de una misma circunstancia: el abandono injustificado del servicio, comporta efectos autónomos distintos cuando se trata de regular la función pública que cuando se trata de disciplinar a los funcionarios. **En esa medida mal puede la causal de abandono del cargo sólo aplicarse previo un proceso disciplinario, pues frente a la administración pública es menester que el nominador cuente con esa herramienta para designar un funcionario en reemplazo del que abandonó sus tareas**, para así lograr la continuidad de la prestación del servicio público, fin que no es otro al que apunta esta figura en la función pública.

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

Esta declaratoria de vacancia de un cargo no exige el adelantamiento de proceso disciplinario; basta que se compruebe tal circunstancia para proceder en la forma ordenada por la ley. Es decir, que 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” (Resaltado nuestro).

Lo anterior de manera coincidente con el pronunciamiento de la Corte Constitucional que se resumirá adelante, pero en el cual se precisó la necesidad de un procedimiento previo que garantice el derecho al debido proceso que asiste al servidor público, el Consejo de Estado concluyó:

“(…) se tiene entonces que el abandono del cargo comporta 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.”(Resaltado nuestro).

Mediante sentencia C-1189 de 2005, con ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del literal i del artículo [41](#) de la ley 909 de 2004, el cual precisa como causal de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa la declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo. En su pronunciamiento, la Corte Constitucional se inclinó por la exequibilidad condicionada del literal demandado, en el entendido de que para la aplicación de esa causal deberá seguirse el procedimiento de que trata el inciso primero del artículo [35](#) del Código Contencioso Administrativo, como se procede a reseñar.

“Teniendo en cuenta que el régimen de carrera y el derecho disciplinario tienen finalidades y funciones distintas, un mismo comportamiento puede implicar consecuencias negativas para el servidor público en ambos ámbitos, sin que eso signifique que hubo violación al non bis in ídem, por cuanto los propósitos de ambas normatividades son diversos, para efectos de la prohibición del doble enjuiciamiento (…)”.

Ahora bien, toda facultad discrecional de la administración debe seguir los lineamientos que aseguren la legalidad y validez de sus decisiones. Por ello, la decisión de retiro del servicio “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 (...) 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”, como precisó el análisis constitucional.

Se concluye de lo expuesto, que el abandono del cargo constituye una causal de terminación del vínculo para la entidad, la que da lugar a un trámite administrativo autónomo e independiente del proceso disciplinario que deberá adelantarse. Finalmente y tal y como se adujo, es viable la declaratoria de vacancia del cargo ocupado, ante la eminencia del abandono del mismo, condición que si bien es notoria, no es óbice para que se adelante en lo pertinente el debido

trámite probatorio en forma previa a la emisión del acto, que garantice no solo que la ausencia tuvo lugar, sino que ésta es injustificada.

Agotado dicho proceso, es procedente que se declare la vacancia del cargo, en el entendido que el servicio prestado por la entidad, no puede verse limitado hasta tanto se resuelva la responsabilidad disciplinaria de quien se alejó de sus funciones. Lo anterior en el entendido que el acto de abandono de cargo da origen a dos procesos diferentes, el primero, tal y como se enunció con anterioridad, el trámite disciplinario, que determinará el grado de responsabilidad del funcionario en la acción que se le endilga, y así mismo le impondrá una sanción, y el segundo un trámite netamente administrativo, que faculta a la entidad para declarar la vacancia del cargo ocupado, y proveerlo, con el objeto de pugnar por la debida ejecución de la función que le es propia, y que no puede verse limitada hasta tanto la responsabilidad disciplinaria del autor del acto sea declarada.”

Ahora bien, debemos añadir que los “permisos” son situaciones administrativas que persiguen la desvinculación transitoria del empleado, sin que ello le ocasione descuento de su salario, con el fin de atender circunstancias de orden familiar o personal.

Por su parte el artículo [21](#) del Decreto Ley 2400 de 1968, establece que los empleados cuando medie justo causa, puede obtener permiso con goce del sueldo hasta por tres (3) días.

Así mismo, el artículo [74](#) del Decreto Reglamentario 1950 del 1973, define que el empleado puede solicitar por escrito el permiso remunerado hasta por tres (3) días, cuando medie justa, previa autorización del jefe del organismo o de la persona facultada para tal fin.

Por lo anterior, se debe evaluar de igual manera por parte del Subdirector de centro o en su defecto por el jefe inmediato del instructor si cumplió con los requisitos previstos por la norma anteriormente precitada para configurar en debida forma la solicitud de permiso y así tenerlo en cuenta al tomar una decisión de fondo.

De otro lado, es preciso recordar que la Resolución No. 2529 de 2004 por la cual se efectúan algunas delegaciones en materia de gestión del talento humano, en su artículo [4](#) delega a los Subdirectores de Centro algunas funciones entre las cuales encontramos por ejemplo la facultad de declarar la vacancia de los empleos del Centro respectivo por abandono del cargo, también la posibilidad de declarar la insubsistencia del personal de carrera administrativa del respectivo Centro, por obtener evaluación de desempeño insatisfactoria conforme a lo señalado en las disposiciones legales vigentes y demás normas ya mencionadas en este escrito.

Por ello, y de acuerdo con las normas citadas, es legalmente posible la declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo, independientemente de las acciones disciplinarias a que haya lugar. Sin embargo, para este caso en concreto, el Subdirector del Centro debe hacer previamente un estudio del cumplimiento de los requisitos legales anteriormente precitados, en especial la ausencia no justificada del instructor (premisa indispensable para tomar la determinación), pues se debe verificar la pertinencia y la autenticidad de las incapacidades médicas suministradas por el funcionario y establecer con exactitud si se encuentra justificada la inasistencia del funcionario a su lugar de trabajo, para finalmente determinar si se dan las condiciones de la figura del abandono del cargo, garantizando eso si el debido proceso y derecho de defensa al instructor (art. [35](#) C.C.A), pues si se encuentra justificada la inasistencia a los días dejados de laborar desaparece la antijuricidad de hecho para declarar el abandono del cargo y no se puede desvincular al instructor bajo esta figura jurídica.

C. Proceso Disciplinario:

Si la desvinculación del funcionario, se pretende hacer con base en el literal h) del artículo [41](#) de la Ley 909 de 2004, es decir como consecuencia de un proceso disciplinario, como ya se esbozó, es indispensable dar a conocer la situación fáctica del caso a la dependencia facultada para adelantar esa acción. Si la Entidad actualmente adelanta procesos disciplinarios por la causal de abandono del cargo, no está impedida por esa razón, para declarar la vacancia y ordenar el retiro del servicio de los funcionarios en quienes se haya configurado esa conducta.

En este sentido, la Sentencia C-1189 con la ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, del 22 de Noviembre de 2005 señaló:

“...De otra parte, evidencia que el retiro del servicio por abandono del empleo no excluye ni hace inviable el proceso disciplinario, antes bien, indica que la autoridad competente debe iniciarlo, a fin de que dentro de éste último, se establezca la responsabilidad disciplinaria del servidor, en tanto que la conducta de abandono del cargo está consagrada en el Código Disciplinario Único como una falta gravísima.

Finalmente, es preciso recordar que mediante Directriz Jurídica No. 13 – 1848 del 27 de junio de 2006, la Dirección Jurídica dio unos lineamientos jurídicos sobre el tema de la Vacancia por abandono del cargo, los cuales deben ser tenidos en cuenta también al tomar la decisión en este asunto.

De igual manera se remitirá copia de este documento a la Oficina de Control Interno Disciplinario del SENA, para lo de su competencia.

Cordialmente,

CRISTY JOHANY GARCÍA CONTRERAS

NOTAS AL FINAL:

1. Circular No. 0448 del 2 de Febrero de 2006 – Secretaría General – “Instructivo Básico para la Evaluación del Desempeño Laboral de los Empleados Públicos del SENA.” (<ftp://172.16.2.69 - GestiónHumana Digeneral // Evaluación del Sesempeño // Formatos –indicaciones>).

2. Directriz Jurídica No. 13 del 27 de Junio de 2006 – Dirección Jurídica – Página Web del SENA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo