



Concepto 122961 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000122961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000122961

Fecha: 08/04/2021 04:09:32 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO - Abandono del cargo de empleado en situación administrativa de encargo. Radicado: 20219000158292 del 24 de marzo de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual eleva los siguientes interrogantes relacionados con el abandono del cargo por un empleado público que goza de fuero sindical, a saber:

"1. ¿Cuál es el procedimiento que debe adelantar una entidad pública para declarar el abandono del cargo de un empleado público con derechos de carrera administrativa respecto un cargo del nivel asistencial, que se encuentra ejerciendo en encargo un empleo público del nivel técnico?"

2. Una vez el nominador de la entidad ha sido enterado de los hechos que comportan un abandono del cargo, ¿Cuánto tiempo tiene para iniciar la actuación administrativa correspondiente para establecer o no la ocurrencia de la conducta?"

3. ¿Si el nominador de la entidad no inicia la actuación administrativa por abandono del cargo, incurre en alguna falta de carácter penal y/o disciplinario?"

4. Al declararse el abandono del cargo a un empleado público con derechos de carrera administrativa sobre un cargo del nivel asistencial, que se encuentra ejerciendo en encargo un empleo público del nivel técnico, considerando que el abandono se concretó en ejercicio del encargo, ¿la vacancia definitiva como consecuencia del abandono recae sobre el empleo del cual es titular o tal consecuencia solo recaerá en el empleo objeto de encargo?"

5. ¿En caso de que la vacancia definitiva recaiga sobre el empleo objeto de encargo, el empleado puede volver a acceder al encargo del mismo empleo?"

6. ¿Las consecuencias del abandono del cargo (vacancia definitiva) pueden ser aplicadas inmediatamente en el evento en que el empleado goce

de fuero sindical? ¿En caso negativo, Qué trámite debe adelantar la Entidad para materializar la decisión?”

Me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, en la ley Ley 1960 de 2019¹ que modificó el artículo 1° de la Ley 909 de 2004, se dispuso lo siguiente con respecto a la situación administrativa de encargo, a saber:

“ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.” (Subrayado fuera de texto)

Bajo lo expuesto anteriormente, el encargo en un empleo de carrera administrativa procede en dos eventos respectivamente; en los empleados de carrera que acrediten los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido disciplinariamente sancionados en el último año y su evaluación del desempeño del último año fue calificada en sobresaliente, y, en el evento que no hayan empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo recaerá en los empleados que tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio.

Para los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

Por su parte, en relación con la figura de encargo, el artículo 2.2.5.5.41 del Decreto 1083 de 2015², dispuso:

ARTÍCULO 2.2.5.5.41. Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado.

De lo que expresa la norma, los empleados podrán ser encargados para asumir total o parcialmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo. Esta situación administrativa en la cual puede estar vinculado un servidor no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado.

Atendiendo su tema objeto de consulta, es preciso mencionar que, la Ley 734 de 2012³ consagra la siguiente con respecto a los deberes de los servidores públicos, a saber:

“ARTÍCULO 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

(...)

4. Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos.

(...)

7. Cumplir las disposiciones que sus superiores jerárquicos adopten en ejercicio de sus atribuciones, siempre que no sean contrarias a la Constitución Nacional y a las leyes vigentes, y atender los requerimientos y citaciones de las autoridades competentes.

(...)

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.”

Para el tema objeto de consulta, se colige entonces que, todo servidor público tiene el deber de cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función, así como también tiene el deber de utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, en forma exclusiva para el fin que tienen destinados, también deberá cumplir con las disposiciones que su jefe o empleador le imparta en el ejercicio de sus atribuciones, siempre que no sean contrarias a la constitución o la ley y, por último, dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas.

Por su parte, el artículo 2.2.11.1.9 del Decreto 1083 de 2015, dispuso lo siguiente con respecto a las causas que producen abandono del cargo sin justa causa de un empleado público, a saber:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.9 Abandono del cargo. El abandono del cargo se produce cuando un empleado público 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 presente decreto.

3. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de remplazarlo.

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." (Subrayado fuera del texto)

En el mismo sentido, y para el caso en cuestión, la Ley 909 de 2004⁴ dispuso lo siguiente frente a las causales de retiro del servicio de los empleados públicos, a saber:

"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;

Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio."

En sentencia⁵ proferida por la Corte Constitucional se concluyó en los siguientes términos la constitucionalidad del citado artículo, en tanto a la procedencia de declarar el abandono del cargo y el posterior retiro del servicio de un empleado público siempre que se le respete el derecho al debido proceso:

"22.- Lo anterior evidencia varias cuestiones. La primera de ellas, que si bien no ha sido estipulado un procedimiento específico que constituya una garantía ineludible del debido proceso en la declaratoria de vacancia del empleo por abandono del mismo, sí es claro que la autoridad competente para proceder en tal sentido, se encuentra en la obligación de respetar las garantías inherentes a dicho derecho fundamental. 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[25].

(...) Preciso este Tribunal Constitucional, que tal ausencia del elemento de la tipicidad no tiene ocurrencia en la norma demandada, pues resulta claro que la misma determina que la conducta sancionable es el abandono injustificado del cargo, es decir, que dicha conducta se configura en la siguiente hipótesis:

“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. 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.

(...) De otra parte, y específicamente en lo que hace relación con los procedimientos administrativos, es necesario precisar que el derecho con que cuentan los ciudadanos, relativo a la posibilidad de controvertir las decisiones que se tomen en dicho ámbito es consubstancial al debido proceso. (...)

En efecto, los elementos del debido proceso arriba enumerados buscan garantizar el equilibrio entre las partes, previa la expedición de una decisión administrativa. Por el contrario, el derecho a cuestionar la validez de la misma, hace parte de las garantías posteriores a la expedición de la decisión por parte de la autoridad administrativa, en tanto cuestiona su validez jurídica.

De esta manera, la posibilidad de control de un acto administrativo, mediante los recursos de la vía gubernativa y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, parte del presupuesto de que al interesado se le ha permitido ejercer su derecho de defensa, al otorgársele la oportunidad de ser oído, aportar pruebas y controvertir las que le resulten adversas. Así pues, la posibilidad de recurrir y/o apelar e incluso de acudir a la jurisdicción, no puede confundirse con las garantías inherentes al debido proceso y al derecho de defensa, sino que dichas oportunidades cumplen, en estos casos, una función de verificación de validez de lo que fundamentó una decisión administrativa.” (Subrayado fuera del texto)

Por lo tanto, y a partir de la normatividad y jurisprudencia citada en precedencia, en relación con su primera pregunta, la Corte es clara al señalar que no existe un procedimiento específico que constituya una garantía ineludible al debido proceso en la declaratoria de vacancia del empleo por abandono de este, sin embargo, es claro que una de las causales para declarar abandono del cargo de un empleado público es por dejar de concurrir a sus labores en tres (3) días consecutivos sin que exista una razón o motivo suficiente que permita declararlo exento, en tal sentido, el procedimiento que debe ejercer la administración previo a expedir el acto administrativo respectivo, es darlo a conocer al empleado con el fin de que conozca las razones por las cuales va ser retirado de la carrera administrativa y este pueda ejercer el derecho de contradicción.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, se encuentra en cabeza de la administración en relación con los procedimientos administrativos que afecten como para el presente caso la permanencia de un servidor en su empleo en el cual ostenta derechos de carrera administrativa, el garantizar el derecho al debido proceso, toda vez que debe existir un equilibrio entre las partes previo a la expedición de una decisión administrativa, otorgándole al empleado la oportunidad de verificar la validez de lo que fundamentó esta decisión a partir del ejercicio de su derecho de defensa.

En cuanto a su segundo interrogante, la Corte es enfática al dilucidar ante la causal de retiro del servicio de los empleados públicos por materializarse el abandono del cargo de un empleado público sin justa causa, que no ha sido estipulado un procedimiento específico que permita establecer una garantía al debido proceso en estos casos, siendo inexistente un término específico para que la administración establezca o no la ocurrencia de abandono del cargo por parte de un empleado público, sin embargo, es precisa también al considerar que si bien la norma no define que constituye esta conducta, ello no implica que la misma carezca del elemento de tipicidad.

Así pues, la administración debe entender el abandono del cargo por un empleado, como la dejación voluntaria definitiva y no transitoria de los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el servidor, que como bien se advirtió anteriormente, esta ausencia del empleado a sus labores debe ser injustificada, es decir que no exista una razón o motivo suficiente que exima al servidor de sus

responsabilidades y funciones encomendadas.

En tanto, a su tercer interrogante, al respecto es importante mencionar que de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no se encuentra facultado para establecer las responsabilidades penales o disciplinarias de los empleados públicos.

Ahora bien, abordando su cuarto y quinto interrogante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2.2.5.5.41 del Decreto 1083 de 2015, el encargo es una situación administrativa en la cual puede estar vinculado un servidor y mientras permanezca el empleado en encargo en otro empleo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, en consecuencia, al ser una situación en la cual no inhibe al empleado de su titularidad en el cargo que ostenta derechos de carrera administrativa, al presentarse abandono del cargo, se entenderá que es del empleo del cual es titular.

Por último, y abordando su sexto interrogante, se reitera en concordancia con lo concluido por la Corte Constitucional en precedencia y en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 constitucional que, el debido proceso se debe garantizar en todas las actuaciones administrativas, siendo menester para la administración garantizar el derecho de defensa del interesado previo a proferir acto administrativo de desvinculación por abandono del cargo, y partiendo del hecho de que el servidor goza de fuero sindical, la Corte Constitucional se pronunció considerando lo siguiente mediante sentencia⁶, a saber:

“Los artículos 113 y 118A del Código Procesal del Trabajo disponen i) que la demanda del empleador, tendiente a obtener permiso para despedir, trasladar o desmejorar a un trabajador amparado por fuero sindical, deberá expresar la justa causa invocada; ii) que las acciones emanadas del fuero sindical prescriben en dos meses; iii) que el término de prescripción para el trabajador opera “desde la fecha de despido, traslado o desmejora” y iii) que la oportunidad para el empleador se cuenta desde la fecha en que éste tuvo conocimiento del hecho o una vez agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso.

Agreden las disposiciones i) que probadas la inscripción en el registro sindical o la comunicación informó al empleador sobre el cumplimiento del requisito, la existencia del fuero sindical se presume; ii) que la reclamación administrativa adelantada por los servidores públicos afectados suspende el término prescriptivo y iii) que, culminado este trámite o presentada la reclamación escrita, en el caso de los trabajadores particulares, comenzará a contarse nuevamente el término de los dos meses.

4.1.1 El asunto del término para que el empleador promueva la acción de Levantamiento de Fuero Sindical fue abordado por esta Corte, con ocasión del examen de inconstitucionalidad a la que fueron sometidos los artículos 2º, 3º y 6º del Decreto 204 de 1957, que sustituyeron los artículos 113, 114 y 118 del Código Procesal del Trabajo.

Reiteró la Corte que el fuero sindical es una institución establecida en favor de los sindicatos y de los trabajadores, en cuanto “la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos”, al punto que los trabajadores gozan de fuero sindical en razón a su pertenencia a un sindicato y como protección a sus derechos de asociación y sindicación.

Se detuvo la Corporación en la constitucionalidad del término de dos meses, establecido en el Código Procesal del Trabajo para la presentación de la demanda de restitución o reintegro por vulneración del fuero sindical y concluyó i) que “en el caso del fuero sindical, la prescripción se justifica, no sólo por razones de seguridad jurídica sino por el sentido mismo que tiene el fuero sindical” y ii) que “si bien término de prescripción de dos meses es breve, la Corte encuentra que para este específico tipo de acciones, se encuentra constitucionalmente justificado, debido al interés mismo que es protegido por la figura del fuero sindical”.

Además, con el propósito de estudiar el cargo por vulneración del derecho a la igualdad, en cuanto –para entonces- la falta de término especial permitía considerar que el patrono contaba con tres años para ejercer su derecho al levantamiento del fuero, la Corte precisó que cuando “el empleador (...) decida interponer la acción de levantamiento del fuero sindical, deberá hacerlo inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la autorización de despido, traslado o desmejora del trabajador”.

Explicó la Corte la necesidad de distinguir dos momentos, en el desarrollo del derecho del empleador a obtener autorización del juez del trabajo para dar por terminada la relación laboral con el trabajador aforado o modificar sus condiciones por justa causa comprobada, “que deben ser evaluados para entender el querer legislativo y la óptica constitucional actual”.

Un primer momento, cuando podía entenderse que para iniciar la acción de Levantamiento de Fuero Sindical el patrono contaba con los tres años establecidos en el Código Procesal del Trabajo para las acciones ordinarias o que el mismo podía establecer el término, a partir de la configuración de la causa del despido, mientras fuese razonable.

Lo anterior, si se considera que correspondía a la jurisprudencia y la doctrina fijar el derrotero de la institución y entonces el empleador podía hasta “suspender al trabajador aforado de sus funciones, siempre y cuando en el término de la distancia y 48 horas más, a partir del día de la suspensión, se interpusiera la solicitud de autorización para el despido definitivo”:

Un segundo momento, señala la Corte, “desde la preeminente perspectiva constitucional, consagrada en el artículo 39 de la Carta (...)”, cuando “cualquier apreciación que se dé, debe ser la más acorde con la naturaleza de la figura y la más cercana a una protección efectiva del fuero sindical.” (Subrayado fuera de texto)

A partir del anterior análisis jurisprudencial, se tiene entonces que, para despedir, trasladar o desmejorar a un trabajador amparado por fuero sindical, el empleador deberá obtener autorización del juez del trabajo; lo anterior teniendo en cuenta que el fuero sindical es la institución establecida en favor de los sindicatos y de los trabajadores para que se propenda por la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos, y en tal sentido, los trabajadores que gozan de fuero sindical cuentan con una protección a sus derechos de asociación y sindicación.

En consecuencia, a partir de lo expuesto y abordando su interrogante frente a la procedibilidad de la desvinculación de un empleado de carrera administrativa en forma automática y la declaratoria de la vacancia definitiva del empleo por abandono del cargo, la administración en esta decisión no debe ir contravía con las exigencias del debido proceso; que deben satisfacerse previo a la expedición del acto administrativo o la comunicación del inicio de esta actuación al empleado, o la oportunidad de ser oído o de presentar pruebas a su favor, para indicar, si fuere el caso, que no se reúnen las condiciones objetivas para que se declare su desvinculación y posterior vacancia definitiva del empleo en el cual se encuentra como titular.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*
2. *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."*
3. *"Por la cual se expide el Código Disciplinario Único."*
4. *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."*
5. Corte Constitucional, Sala Plena, 22 de noviembre de 2005, Referencia: expediente D-5804, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
6. Corte Constitucional, Sala Tercera, 07 de marzo de 2008, Referencia: expediente T-1.707.753, Consejero Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:59:49